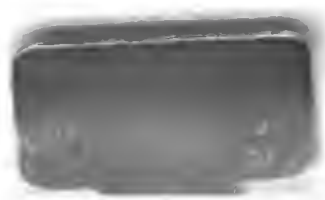
Decis. 2m Annalen



Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk,
Vicekanzler des Oberhofgerichts in Mannheim

mit

Oberhofgerichtsrath **Trefurt** in Mannheim, den Hofgerichtsräthen **Aschbach** in Constanz, **Bayer** in Mannheim, **Sander** in Rastadt und **Woll** in Freiburg.

Siebenter Jahrgang.

Karlsruhe, 1839.
Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

Digitized by Google

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Digitized by Google

Register.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Abänderung, incompetent erlassener Strafurtheile 40.
Abgaben, wegen Leibeigenschaft 60.
Abgekürztes Verfahren, Beweisantretung darin 29.
Abtreibung der Leibesfrucht 265.
Abwandlung, der Hundstaxdefraudationen 216.
Abweisung, angebrachter Maßen 78.
Accis, wegen Ankaufs von Güterkaufschillingen 25, 176. Accisdefraudation 346.
Advokaten-Gebühren, bei Verfolgung eigener Rechtsansprüche 2; Recht derselben zur Beschwerdeführung gegen ungebührliches Benehmen der Richter 45; Regeneration des Advokatenstandes 173.
Aechtheit einer Urkunde, Beweis derselben im Verfahren über unbedingte Befehle 73.
Ahnen, deren Ansprachsrecht auf den Pflichttheil 1.
Altersdispensationstaxe wegen Verehelichung 95.
Anerkennung eines natürlichen Kindes 62. 165.
Angebrachtermaßen, Abweisung 78, 243.
Ansatz der Altersdispensationstaxe, Behufs der Verehelichung 95.
Antretung des Beweises 29.
Antritt des Bürgerrechts 59.
Anwendung neuer Gesetze auf anhängige Prozeße 196.
Appellation, Abweisung angebrachtermaßen 78; gegen Einhaltsbefehle 72; Summe bei Erbgülten 319; Vortrag neuer Beschwerden 65; gegen Zwischenverfügungen 144, 235.
Arbeisstrafe, deren Schärfung 3.
Arrestklage 96; Prozeß 105, 223.
Aufhebung der Frohnden, Entschädigungsansprüche deßhalb 217. 253. 348.
Auflösung der Ehe 121. 133; Klage auf 97, 189.
Ausländerinnen, Aufnahme in den Staatsverband 52.
Aussichtsfenster 61.
Ausstellung von Pfandschreibereizeugnissen 80; von Vermögenszeugnissen 42.

Befehl, unbedingter, Zulassung der Schriftvergleichung im Verfahren darüber 73.
Befreiung von Bürgschaft 27.
Berechnung der Appellationssumme bei Erbgülten 319.
Bergregal 321.
Berufung gegen Versäumungserkenntnisse 329.
Beruhenlassen der Untersuchungssachen 156.
Beschwerde wegen Justizverzögerung 36; wegen Kostenbestimmung 85. 192; beim Oberhofgericht in Defraudationssachen 181; wegen ungebührlichen Benehmens des Richters 45.
Besitzklage 162; wegen gestörten Wohnungsrechtes 238; wegen gestörten Jagdrechts 22; über Nutzungsrechte an Holz 197; wegen persönlicher Verbindlichkeiten 120.
Bestrafung des Betrugs 71; des Gebrauchs einer falschen Urkunde vor Gericht 63; muthwilliger Todschläger 81; der Rechnersuntreue 69.
Betrug, Competenz zu dessen Bestrafung 71.
Bewegliche Sachen, Begriff von 264.
Beweisauflage, über 29; im Beweisverfahren 155; zum ewigen Gedächtniß 96; auf Indicien 184; Rechtsnachtheile im Beweisverfahren 157; durch Zeugen 34.
Bieraccisdefraudation 346.
Bruch der Landesverweisung 272. 292.
Bürgeraufnahme, Erfordernisse dazu 59.
Bürgergenuß, über Berechtigung zum 153.
Bürgermeisteramtliche Entscheidungen, Recurs dagegen 52.
Bürgerrechtserwerbung 118. 160.
Bürgerrecht der Kinder der Staatsdiener 335.
Bürgschaftsbefreiung 27.

Caution, Dienstbegriff über 96.
Cavansches Militärrecht 320.
Competenz zur Abänderung incompetent erlassener Strafurtheile 40; zur Bestrafung des Betrugs 71; des Bruchs der Landesverweisung 272; zur Bestrafung unerlaubter Selbsthülfe 313; Competenzconflikt 43. 93; in Defraudationssachen 181; zur Ermächtigung einer Ehefrau zur Prozeßführung 17. 293; in Gemeindeumlagesachen 129; in Hundstaxdefraudationssachen 216; wegen Landesverweisungsbruchs 242; in Sachen über Mitgebrauch des Gemeindeeigenthums 191; der Schiedsgerichte 12; bei Streitigkeiten wegen Erzgrabens 321; bei Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt 245.
Crediteröffnung, verwilligtes Pfandrecht für 113.

Decreta rejectoria 34.
Defraudation von Bieraccis 346; Competenz in Defraudationssachen 181; der Hundstaxen 216.

Digitized by Google

Depositar, dessen Zinsenentschädigungspflicht 337. 345.
Detention 181.
Deserviten, deren Decretur 85.
Diebstahl, Begünstigung 181; mit Einbruch 186; Taschen- 230; Thatbestand 264.
Dienstcaution, Begriff über 96.
Dienstbarkeit, Aussicht auf des Nachbars Gut 61; Erwerbung einer 197. 301; erwerbende Verjährung der persönlichen 197.
Dunkelarrest als Schärfung der öffentlichen Arbeitsstrafe 3.

Ehefrauen, Competenz zur Ermächtigung derselben zum Prozeßführen 17. 293.
Ehescheidung 133.
Ehestreitigkeiten 121. 133.
Eidesvorbehalt bei dem Verfahren über unbedingte Befehle 53.
Einbruch 186.
Einhaltsbefehl, Appellation dagegen 72.
Einrede der fehlenden Passivlegitimation 202; der Wettschlagung 248.
Einträge in die Pfandbücher 44.
Eisenerz, Graben nach 321.
Entschädigung wegen Aufhebung der Frohnden 217. 253. 348; Pflicht zur 97. 168. 189.
Erbfolge bei Erbbestandgütern 285.
Erbgulten, Berechnung der Appellationssumme bei 319.
Erbschaftserwerbung 105.
Erbtheilungen, Schätzer bei denselben 161.
Errungenschaft und Verrungenschaft 333.
Erwerbung des Bürgerrechts 118. 160; von Forstberechtigungen 197. 301.

Falsche Privaturkunden, deren Gebrauch vor Gericht 63.
Fehler, Gewährleistung für Fehler 57.
Forstberechtigungen, deren Erwerbung 197, 301.
Frauen, geschiedene, deren Erklärung wegen Gütergemeinschaft 51.
Freitheil 154.
Frohnden, Entschädigung wegen aufgehobener 217, 253. 348; Passivlegitimation in Streiten über 191.

Gantgläubiger, Klage gegen die Ehefrau des Gantmannes 298.
Gantmassen, deren Vertheilung 225.
Gefängniß- statt Geldstrafe in Zollstrafsachen 172.
Gegenforderung als Einrede 248.
Geldstrafen 95; Rechtsmittel dagegen 28; deren Verwandlung in Gefängnißstrafe 172.
Gemeindebürger, als Zeugen in Gemeindesachen 169; Eigenthum, Competenz in Sachen über Mitgebrauch 191; Kasse, deren Verbindlichkeit für ortsarme Schulkinder 58; Umlagen, Beitragspflicht 129.
Gemeinschaftstheilung 333.
Gerichtsärztliches Gutachten über Tödung 20, 205.
Gerichtsgebühren 145.
Gerichtsstand, über 15.
Geschäftskreis des Staatsanwalts 178.
Gesetz über Schupfleben 279.
Geständniß im Civilprozeß 37.
Gewährleistung für Fehler 57.
Glockengarben 233, 237.
Güterkaufschillinge, Entrichtung des Accises für Ankauf derselben 25, 176.
Gütergemeinschaft geschiedener Ehegatten 51; Verpflichtung für deren Schulden 1.
Gutachten, gerichtsärztliches, über Tödung 20, 205.

Handelsgesellschaften, Schlichtung deren Streitigkeiten 12.
Handlohnpflichtigkeit, Beweis ausschließlicher Schaafwaidgerechtigkeit 208.
Hundstaxdefraudationen, Competenz bei 216.
Hungerkost als Schärfung der öffentlichen Arbeitsstrafe 3.

Jagdrecht, Klage wegen Besitz-Störung darin 22.
Indicienbeweis 181; Verurtheilung auf 186.
Indigenatsertheilung an Ausländerinnen 52.
Indossament 351.
Justizverzögerung, Beschwerde wegen 36.

Kindesanerkennung 62, 165; Aussetzung 299; Tödung 265, 281.
Klage auf Auflösung 97, 189; auf Besitz wegen persönlicher Verbindlichkeiten 120; Cumulation 187, 295; auf Entschädigung 97, 189; Freierklärung 232; der Gantgläubiger gegen die Ehefrau des Gantmannes 298; wegen Störung im Besitz eines Jagdrechts 22; auf Vaterschaftserklärung 165; Verwerfung 248; auf Zueignung 278.
Kostenbestimmung, Beschwerde wegen 85, 192; Ersatz bei ungesetzlichem Verfahren 1.
Kumulation der Klagen 187, 295.

Läutbrod 233, 237.
Landesverweisung 182, 272, 292.
Laubsammlungsgerechtigkeit, Erwerbung durch Verjährung 169.
Lehen, Gesetz über Schupfleben 279.
Leibeigenschaftsabgaben 60.
Liquidationsklagen 332.
Liquiderkenntnisse 103.

Mahnung des Schuldners vor Anstellung der Auflösungsklage 97, 189.
Militärrecht, Cavansches 320.
Minderung von Schenkungen 6.
Mord eines Kindes 265, 181.
Muthwillige Tödtungen 82.

Neue Thatsachen in zweiter Instanz 65. 111.
Niederkunft, heimliche 265, 281.

Oberhofgericht, dessen Competenz in Defraudationssachen 181.
Oeffentliche Arbeitsstrafe, deren Schärfung 3; Gewalt, Widersetzlichkeit dagegen 245.

Pachtminderungsklage, deren Verjährung 337, 345.

Digitized by Google

Passivlegitimation, Einrede der fehlenden 202; in Rechtsstreiten über persönliche Herrenfrohnden 191.
Pensionsberechtigung 128.
Persönliche Verbindlichkeiten, Besitzklage wegen 120.
Pfandrecht, verwilligtes, für eine Creditseröffnung 113.
Pfandbuchseinträge 44; Renovationen 324.
Pfandschreibereiausfertigungen 80.
Pflichttheil 154; Ansprachsrecht der Ahnen darauf 1.
Polizeiliche Natur der Diebstahlsbegünstigung 181.
Prozeßschriften, deren Reinigung 174.

Rang der Forderungen bei Gantes 225.
Rechnersuntreue, deren Bestrafung 69.
Rechtsnachtheile, über Ausdehnung von, im Beweisverfahren 157.
Recurs in Bezug auf bürgermeisteramtliche Entscheidungen 52; in Criminalsachen 178; Recht des Staatsanwalts 261.
Regalien, Berg-, über 321.
Regeneration des Advokatenstandes 173.
Reichsadel, dessen Entschädigungsansprache wegen aufgehobenen Frohnden 217, 253. 348.
Reinigung von Prozeßschriften 174.
Rei vindicatio 278.
Remissionen an den Unterrichter 75.
Renovation eines Pfandbuchs 324.
Requisite zum Bürgerrechtsantritt 59.
Richter, Beschwerdeführung wegen ungebührlichen Benehmens desselben 45.
Rückfall des Landesverweisungsbruchs 292.
Rückwirkende Kraft neuer Gesetze 196.

Sachen, bewegliche, Begriff von 264.
Schafwaidgerechtigkeit, ausschließliche 208.
Schätzer bei Theilungen 161.
Schärfung der öffentlichen Arbeitsstrafe 3.
Scheidung, deren Wirkung auf Gütergemeinschaft 51.
Schiedsrichter, deren Competenz 12; Ernennung 236.
Schriftvergleichung, im Verfahren über einen unbedingten Befehl 73.
Schulden der Gütergemeinschaft 1.
Schuldentrichtung für Unvermögliche 58.
Schulunterhaltungspflicht 233, 237.
Schupflehengesetz, Anwendung desselben 279.
Schwangerschaft, heimliche 265, 281.
Selbsthülfe, unerlaubte 313.
Servitus non altius tollendi 61.
Servituten, erwerbende Verjährung der persönlichen 197, 301.
Sporteln 145.
Staatsanwalt, dessen Geschäftskreis 178; dessen Recursrecht 261.
Staasdienerskinder, deren Bürgerrecht 335.
Strafe der Landesverweisung 182, 272, 292; über Todesstrafe 151, 220; der unerlaubten Selbsthülfe 313.
Strafloserklärung 232.
Strafurtheile, Abänderung incompetent erlassener 40.
Streitgenossen, Urtheilsausfertigung an dieselben 208.
Streitgenossenschaft, Wirkung der 193.
Streitverkündung 41.
Succession bei Erbbestandgütern 285.

Taxen der Advokaten in eigener Sache 2; wegen Indigenatertheilung 52.
Taschendieberei 230.
Thatbestand der unerlaubten Selbsthülfe 313.
Tilgung von Pfandbucheinträgen 324.
Todesstrafe 151, 196, 220.
Tödung eines Kindes 265, 281; versuchte 209; obergerichtsärztliches Gutachten über 20, 205.
Todschläger, dessen Bestrafung 81.

Untersuchungssachen, über das Beruhenlassen derselben 156.
Unterzeichnung der Pfandschreibereiausfertigungen 80.
Urkunde, Bestrafung des Gebrauchs falscher 63.

Vaterschaftsklage 165.
Verbindlichkeiten, persönliche, Besitzklage wegen 120.
Verehelichung, Ansatz der Altersdispensationstaxen 95.
Verfahren, Beweisantretung im abgekürzten 29.
Verjährung, Erwerbung durch 330; erwerbende, der persönlichen Dienstbarkeiten 39, 197; als Erwerbstitel für Laubsammlungsrecht 168; von Forstberechtigungen 301; der Pachtminderungsklage 337, 345; der Verzugszinsen 252.
Vermögenszeugnißausstellung 42.
Versäumungserkenntniß, Berufung dagegen 329.
Versäumter Beitritt zur Streitverkündung 41.
Versuch eines Kindesmords 281; einer Tödung 209.
Vertheilung der Gantmassen 225.
Verurtheilung auf Indicien 186; zur Todesstrafe, deren Folge 196.
Verwandlung der Geld- in Gefängnißstrafen bei Zollsachen 172.
Verwerfung der Klage, angebrachtermaßen 243.
Verwundung 9.
Verzugszinsen, deren Verjährung 252.
Vindicatio 278.
Vormund, Erwerbung von Pupillengut durch denselben 168.

Wechselzuschreibung 351.
Werkverding 57.
Wettschlagung 248.
Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt 245.
Wiederkaufsrecht 1.
Wohnungsrecht 238.

Zahlung an unrechten Empfänger 1.
Zehntrecht 217, 253.
Zeugenbeweis 34.
Zeugniß der Gemeindebürger in Gemeindesachen 169.
Zinsenentschädigungspflicht des Depositars 337, 345.
Zinsen wegen Verzugs, deren Verjährung 252.
Zollstraffachen, Verwandlung der Geld- in Gefängnißstrafen dabei 172.
Zueignungklage 278.
Zwischenurtheile, Appellation dagegen 144, 235.

Digitized by Google

Verzeichniß

derjenigen Landrechtssätze, welche in den Annalen, siebenter Jahrgang 1839 erläutert sind:

L. R. S.	pag.	L. R. S.	pag.
219.	293.	1341.	34.
311.	121.	1463.	51.
334.	62.	1482.	1.
340.	165.	1521.	298.
409.	327.	1528.	1.
466.	161.	1596.	168.
499.	327.	1641.	57.
544.	285.	1654.	97.
636.	301.	1655.	97.
689.	61.	1660.	1.
691.	301.	1765.	337. 345.
701.	100.	1831.	285.
710.	217. 253. 301.	1915.	96.
732.	285.	1936.	337. 345.
750.	1.	1961.	105.
824.	161.	2037.	27.
913.	154.	2151.	225.
915.	1.	2154.	324.
918.	6.	2218.	225.
922.	6.	2265.	330.
1006.	105.	2267.	330.
1008.	105.	2277.	252.
1094.	154.	P. R. S. 55.	236.
1184.	97.	„ 137.	351.
1291.	218.		

Verzeichniß.

derjenigen §§. der Prozeßordnung, welche in den Annalen, siebenter Jahrgang 1839 erläutert sind:

§. der Prozeßord.	pag.	§. der Prozeßord.	pag.
92.	202.	745.	239.
113.	41.	747.	197.
237.	133.	750.	239.
243.	332.	753.	28.
296.	202.	965.	72.
359.	243.	966.	105.
369.	36.	968.	105.
392.	285.	1107.	174.
440.	41.	1168.	235.
508.	168.	1170.	141.
575.	53.	1174.	319.
673.	167. 205.	1175.	327.
674.	29.	1177.	327.
675.	105.	1178.	329.
681.	28.	1184.	189.
686.	224.	1207.	187. 295.
694.	223.	1218.	141.
695.	105.	1221.	65.
699.	96.	1223.	75.
709.	96.	1244.	28. 45. 85. 192.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. N^ro. 1. Karlsruhe den 5. Januar 1839.

I.

Kurze Rechtssätze aus Entscheidungen des Oberhofgerichts.

1) In Sachen Schäfer gegen Krämer in Wilferdingen, den 6. Dezember 1838. II.

Die Ahnen, welchen nach S. 915 ein Pflichttheil gebührt, haben solchen nur dann anzusprechen, wenn sie Intestaterben sind, nach S. 750 also nie, wenn noch Geschwister des Erblassers vorhanden sind, obgleich diesen Letztern durch ein Testament die Erbschaft entzogen und einem Dritten zugewendet ist.

2) Werber gegen Wernwag in Kenzingen, den 7. Dezember 1838.

Hat der Schuldner an den unrechten Empfänger bezahlt, so kann nur der Schuldner selbst, nicht aber der wahre Gläubiger vom Empfänger das Bezahlte zurückfordern.

Der Gläubiger kann sich nur an seinen Schuldner halten, und eine Klage von ihm direkt gegen den Empfänger, mit dem er in keinen Vertragsverhältnissen steht, findet nicht statt.

3) Braunwarth in Karlsruhe gegen seine Ehefrau, den 7. Dezember 1838.

Nach S. 1482 fallen zwar die Schulden der Gütergemeinschaft zur Hälfte auf die Frau.

Jedoch ist sie, auch wenn sie sich der Gemeinschaft nicht entschlagen, sondern sich ihrer theilhaftig gemacht hat, nach S. 1483 weder gegen den Mann noch gegen die Gläubiger zur Uebernahme oder Zahlung von Schulden weiter verpflichtet, als wozu das ihr zugefallene Gemeinschaftsvermögen hinreicht, vorausgesetzt, daß ein richtiges Vermögensverzeichniß gefertigt ist und sie über alles Empfangene Rechnung ablegt.

Dies gilt nach S. 1528 auch bei Errungenschaftsgemeinschaften, ausgenommen daß die Frau, sie mag sich der Gemeinschaft entschlagen haben oder nicht, nach S. 1521 a für ihren Schuldentheil (das ist für die Hälfte) den Gemeinschaftsgläubigern nicht blos mit dem ihr zugefallenen Gemeinschaftsvermögen, sondern auch mit ihrem zurückerhaltenen Beibringen verhaftet bleibt.

4) Gemmingen-Fürfeld gegen Gemmingen, den 13. Dezember 1838.

Der L. R. S. 1660, wornach das Widerkaufsrecht nur auf längstens 5 Jahre bedungen werden kann, findet in seinem Nachsatze: wornach das auf länger bedungene auf diese Zeit herabgesetzt wird, — auch auf Verträge, die schon vor Einführung des Landrechts geschlossen wurden, in soweit Anwendung, daß das Widerkaufsrecht, von Einführung des Landrechts an, in keinem Falle mehr länger als 5 Jahre gelten kann. D. R.

II.

Anfragen.

Erste Frage.

In einer Ehrenkränkungssache leitete der Unterrichter, wiewohl derselbe gleich Anfangs auf seine auffallenden Mißgriffe in der Form des Verfahrens aufmerksam gemacht wurde, das letztere doch so ungesetzlich, daß sich der Oberrichter, als die Sache an ihn im Wege des Rekurses kam, veranlaßt fand, das ganze unterrichterliche Verfahren, als nichtig aufzuheben. Der Oberrichter erkannte indessen über den Kostenpunkt gar nicht.

Ich frage:

„wer hat hier die Kosten, die sowohl durch das, als nichtig aufgehobene unterrichterliche Verfahren, wie durch den eingelegten Rekurs erwachsen sind, zu tragen? — der Unterrichter, welcher die Nichtigkeit begangen, oder der Rekurrent, welcher den Ausspruch der Nichtigkeit beim Oberrichter erwirkte oder der Rekurse?“

Zweite Frage.

Wenn ein Advokat in die Lage kömmt, sein Recht

Digitized by Google

gegen Jemand gerichtlich verfolgen zu müssen, kann er, im Falle des Obsiegens, von seinem Gegner den Ersatz für seine schriftlichen Eingaben und Vorträge nicht nach der Taxordnung, gleich wie, wenn er einem Dritten gedient hätte, verlangen, nämlich dort, wo z. B. wegen seiner Entfernung vom Amtsorte, mündlich nicht verhandelt werden konnte?

Dritte Frage.

Steht bei einer mündlichen, öffentlichen Verhandlung vor einem Kollegialgerichte dem Präsidenten das Recht zu: dem plädirenden Anwalt zu untersagen, daß er eine Urkunde, z. B. einen Schuldschein, dessen Inhalt er seiner Fassung nach für sehr wichtig hält, den Richtern wörtlich vorlese?

Vierte Frage.

Ist es keine Verletzung des obersten Grundsatzes im Prozeß: „daß die Parteirechte vollkommen gleich seyn sollen" wenn der Oberrichter die, eine förmliche Rechtsausführung enthaltende, Appellationsbeschwerdeschrift ohne Bemerkung zu den Akten nimmt, dagegen die darauf vom Appellaten abgegebene Vernehmlassung, weil sie eine Antwort auf diese Rechtsausführung enthält, als unstatthaft zurückweist?

Fünfte Frage.

Entspricht es der Absicht des mündlichen Verfahrens: wenn die Richter eines Kollegiums über einen, in der öffentlichen Sitzung zur Entscheidung kommenden Fall discutiren, und ihre Rechtsansichten darüber feststellen, ehe derselbe von den Anwälten in der Sitzung vorgetragen ist, und sie, die Richter, der letzteren Rechtsausführungen angehört haben?

Sechste Frage.

Liegt es im Interesse einer guten Justizverwaltung, wenn von den Hofgerichten nicht selten so viele Fälle auf eine Sitzung zur Verhandlung ausgesetzt werden, daß bei dem besten Willen von Seite der Richter gegen das Ende solcher, oft sechsstündigen Sitzungen jene Aufmerksamkeit auf die Vorträge der Anwälte nicht mehr gefordert werden kann, die unumgänglich nothwendig ist, wenn die mündlichen Verhandlungen vor Kollegialgerichten eine Bedeutung haben, und jenem Zweck entsprechen sollen, den sich die Gesetzgebung bei Einführung dieser Mündlichkeit gedacht hat? Dr. v. Weissenek.

III.

Curiosa.

1.

In einem Rechtsstreite, worin man die Beweiskraft einer Urkunde, welche über einen Holzlieferungsakkord aufgenommen war, auf den Grund des L. R. S. 1325 bestritt, weil es nämlich an doppelter Ausfertigung derselben gebrach, beseitigte der erkennende Unterrichter diesen Einwand in seinen Entscheidungsgründen mit folgenden Worten:

„Ein mündliches, oder schriftliches Versprechen: Jemanden ein bestimmtes Quantum Holz, um einen bestimmten Preis, in einer bestimmten Zeit zu liefern, kann seiner rechtlichen Natur nach nur als eine einseitige Zusage betrachtet werden, indem der Andere kein gleichartiges Versprechen leistet, oder besondere Verbindlichkeiten von gleicher Art übernimmt; denn die Zahlung versteht sich aus der Annahme dieses einseitigen Versprechens von selbst. Es ist daher im gegenwärtigen Fall auch nur ein Theil auf der Urkunde unterzeichnet."

2.

Es handelte sich um den Fall, wo ein Kläger, welcher in den Kriegsjahren 1813 — 1815 an eine Gemeinde Fleischlieferungen machte, den Beweis der geschehenen Lieferung führen sollte (die schriftliche Empfangsbescheinigung war ihm durch Zufall verloren gegangen). Zur Herstellung dieses Beweises bediente sich der Kläger der Zuschiebung des Haupteids an die beklagte Gemeinde.

Der Unterrichter fand diese Eideszuschiebung aus nachstehenden Gründen unzulässig:

„Die Forderungssumme ist von der Art, daß das Gesetz für deren rechtliches Bestehen eine schriftliche Verfassung erfordert. (Da haben wir die contractus literales des ältern römischen Rechts in strengster Form.) Solche ist nicht vorhanden. Der Fall einer Naturallieferung für eine Gemeinde zur Kriegszeit muß eine offenkundige Thatsache seyn, zu deren Beweis sich auf viele Leute berufen werden kann, und noch manche andere Beweismittel zu Gebot stehen können. (Zu was auch Beweise, wo gar keine obligatio wegen Mangel der schriftlichen Verfassung besteht?) Der Kläger wagte es aber nicht sich auf sachkundige Leute zu berufen. Es stehen ihm daher nicht einmal richterliche Vermuthungen zur Seite, welche den Richter zur Erkennung eines Haupteides bewegen könnten."

3.

In einem Falle, wo gegen ein amtliches Erkenntniß die Appellation angemeldet, und die Akten bereits vor dem Oberrichter vorlagen, verlangte die Parthie, welche vor dem Unterrichter obgesiegt hatte: Vollstreckung gegen den Gegner wegen der Prozeßkosten, weil dieser zur Bezahlung derselben verfällt sei.

Digitized by Google

Der Unterrichter verfügte ohne weiter diese Vollstreckung der Prozeßkosten wegen, und, als Appellant dagegen bemerkte: er habe ja gegen das amtliche Urtheil die Appellation angemeldet, und bereits eingeführet, es könne also von einer Exekution der Kosten wegen zur Zeit keine Rede seyn, so wurde vom Amte daeauf eewidert:

„die Appellation sei auch nicht wegen dem Kostenpunkt angezeigt worden."

4.

Im Vollstreckungsverfahren machte ich an den Unterrichter das Ansuchen: er möchte bei meinem Schuldnee Fahrnißpfändung voenehmen lassen, ich erhielt darauf die Verfügung:

„ich habe vorerst, ehe eine Veefügung auf mein Gesuch ergehen könnte, die Qualität der Faheniſſe, welche abgepfändet werden sollten, anzugeben."

5.

Ein Amtspeotokoll, woein vom Nichter eine mündlich angebrachte Klage aufgenommen wurde, hebt mit folgenden Worten an:

„Auf Ladung ist heute N. N. erschienen, und erklärt auf Befragen ꝛc."

6.

In einem Rechtsstreit trat der Peobant den ihm durch richterliches Zwischenurtheil auferlegten Beweis durch Zuschiebung des Haupteids an seinen Gegner an. Probat setzte dieser Eideszuschiebung die Einrede entgegen: a) daß solche gesetzlich unzuläßig, und b) jedenfalls irrelevant sei.

Hierauf erfolgte die amtliche Verfügung:

„Es wied diese Beweiseinrede dem Gegentheil mitgetheilt, um binnen 14 Tagen die Beweisausführung darauf abzugeben."

7.

In einer Streitsache, welche im ordentlichen Verfahren zu verhandeln war, und in welcher der Beklagte den thatsächlichen Grund der Klage in seiner Vernehmlassung in Abrede stellte, erfolgte vom Unterrichter auf diese Vernehmlassung das prozeßleitende Dekret des Inhalts:

„Wird dem Kläger eine Abschrift der Einrede mit der gerichtlichen Auflage zugestellt: seine Repliken bei Vermeidung des Ausschlusses vorzutragen, und zugleich damit den Beweis übee die vom Beklagten in Abrede gestellten Thatumstände zu verbinden.

Wer etwa einen Zweifel in die Wahrheit dieser Variarum setzen sollte, gegen den bin ich erbötig ihm den Nachweis aus den betreffenden Akten zu geben.

Dr. v. Weissenek.

IV.

Kann die Strafe der öffentlichen Arbeit mit Hungerkost und Dunkelarrest verschärft und dadurch abgekürzt werden?

Nein! Wird man sagen. Nichts desto weniger kam neulich ein Fall der Verwundung des untersten Grades vor, welche nach §. 71 litt. h des Strafedikts mit Gefängniß oder öffentlicher Arbeit bis zu 14 Tagen zu bestrafen ist, und es wurde dafür als Strafe 8 Tage öffentliche Aebeit mit einem Tag Dunkelarrest erkannt, obschon dieses Straferkenntniß durch die Minorität auf das Lebhafteste bekämpft wuede. Da aber die damit bejahend entschiedene Frage der Verbindung der Veeschäefungen der Gefängnißstrafe duech Hungerkoſt und Dunkelareest mit der öffentlichen Arbeit eine Frage von allgemeiner und gewichtiger Bedeutung ist, so wird sie um so eher eine nähere Betrachtung, und wie zu hoffen, eine um so gewisseee Widerlegung verdienen, als die Verneinung der Feage im unzweideutigen Ausdruck des Gesetzes, und im unbestreitbaren Sinn desselben liegt.

Alles, was man für die Bejahung der Frage anführte, beschränkt sich darauf, daß man sagte: nach §. 37 des Strafedikts sind bürgerliche Gefängnißstrafen und öffentliche Arbeit gelindere unter sich gleichgeltende Strafaeten. Nun läßt das Gesetz vom 25. November 1831 übee Abschaffung der körperlichen Züchtigung eine Abkürzung der Gefängnißstrafe mittelst Verschärfung durch Hungerkost und Dunkelarrest zu. Der Gefängnißstrafe steht die Strafe dee öffentlichen Arbeit gleich, was also von der erstern gilt, muß auch von der zweiten gelten, mithin kann auch die öffentliche Arbeitsstrafe durch Verbindung mit Hungerkost und Dunkelarrest verschärft und abgekürzt werden.

Warum aber dabei stehen bleiben? Sagt nicht der nämliche §. 37 des Strafedikts, daß bei den Strafarten des gemeinen Gefängnisses und der öffentlichen Arbeit die Arbeitshausstrafe ebenfalls gleichgeltend sei? Also kann auch die Aebeitshausstrafe mittelst Verbindung mit Hungerkost und Dunkelarrest verschärft und abgekürzt werden. Und da nach §. 38 des Strafedikts die Geldstrafen, welche nicht erlegt werden können, in Gefängnißstrafen zu verwandeln sind, so wird auch die in Gefängnißstrafe gewandelte Geldstrafe, ohne daß es dazu eines besondern Gesetzes bedarf, mittelst Hungerkost und Dunkelarrest verschärft und abgekürzt werden dürfen. Ja, da das Gesetz über Ehrenkränkungen die bürgerliche Gefängnißstrafe als eine seiner Strafen einführt, und dieser Strafe die öffentliche Arbeit gleich steht, so kann es nicht bezweifelt werden, daß man für Ehrenkränkungen zur öffentlichen Arbeit verurtheilt, und solche noch mit Hungerskoſt und Dunkelarrest verschärft und ab-

Digitized by Google

gekürzt wird, und da Ehrenkränkungen Jedem vorkommen können, so hoffe ich es noch zu erleben, daß man zum schlagenden Beweis der Gleichheit der Badener vor dem Gesetz vornehmeHerren auf der Straße Steine klopfen sieht. Es ist dieses um so zweckmäßiger, als bei dem Bau der Eisenbahn die Arbeiter selten werden, und man daher solche auf jedem gesetzlichen Weg wird beischaffen müssen. Und zu dem. Die Ansicht, daß die öffentliche Arbeit mittelst Verbindung der Hungerkost und des Dunkelarrests abgekürzt werden könne, gieng gerade von denen aus, welche sonst behaupten, daß die Abkürzung der Gefängnißstrafe durch Dunkelarrest und Hungerkost nur da eintreten könne, wo früher neben der Gefängnißstrafe eine körperliche Züchtigung eintrat, und während man so das Gesetz vom 25. November 1831 hinsichtlich der Anwendung des Dunkelarrests und der Hungerkost ganz gegen seinen Willen beschränkt, und in der Anwendung beinahe auf nichts reducirt, dehnte man es auf der andern Seite auf eine Weise aus, daß man auch die im Gesetz vom 25. November 1831 nirgends erwähnte Strafart der öffentlichen Arbeit unter dieses Gesetz stellte, wovon doch das Gesetz kein Wort sagt.

Allein darin, daß die Abkürzung der Gefängnißstrafe durch Hungerkost und Dunkelarrest nur da zuläßig ist, wo das Strafedikt neben der Gefängnißstrafe eine körperliche Züchtigung als Strafe des Vergehens einführte, was im Fall der niedersten Verwundung des §. 71 litt. h. nicht eintritt, liegt keineswegs der Grund der Unzuläßigkeit der Verbindung des Dunkelarrests und der Hungerkost mit öffentlicher Arbeit, denn diese Meinung und Beschränkung des Gesetzes ist selbst unrichtig, sondern der Grund dieser Unzuläßigkeit liegt in einem der obersten Grundsätze des Strafrechts, der aber leider nur zu oft außer Augen gesetzt wird, er liegt in dem heiligsten Grundsatz des Strafrechts, daß man in Strafsachen nicht per analogiam urtheilen, und am allerwenigsten spezielle Gesetze ausdehnend erklären und anwenden darf. Er liegt in dem Grundsatz — nulla poena sine lege.

Allerdings sagt der §. 37 des Strafedikts, daß öffentliche Arbeit und gemeine Gefängnißstrafe unter sich gleichgeltende Strafarten sind. Allein er sagt nicht, daß beide Strafen unter sich und in sich gleiche Strafen sind, wornach Alles, was von einer gilt, auch von der andern gelten muß. Schon dadurch, daß das Gesetz diese Strafen als Strafarten anführt, weist es ihnen ihren besondern Preis an, und wenn man die vorhergehenden §. 35 und 36, und den nachfolgenden §. 38 in das Auge faßt, so findet man alsbald, daß der Ausdruck, es seien öffentliche Arbeit und Gefängnißstrafen unter sich gleichgeltende Strafarten, nichts anderes sagen will, als daß sie in Vergleichung mit den andern bürgerlichen Leibesstrafen auf der gleichen Höhe stehen.

Der §. 35 sagt nämlich, unter den bürgerlichen Leibesstrafen steht oben an die Arbeitshausstrafe. Also ist sie die schwerste bürgerliche Leibesstrafe. Sodann folgt, sagt der §. 36, die körperliche Züchtigung. Sie ist also minder schwer als die Arbeitshausstrafe, aber schwerer in der Strafleiter denn die bürgerliche Gefängniß und öffentliche Arbeitsstrafe. Endlich folgen noch, sagt der §. 38, Vermögens- und Geldstrafen. Sie sind also die leichtesten. Und wenn nun mitten darin die gemeine Gefängnißstrafe und die öffentliche Arbeitsstrafe als unter sich gleichgeltende Strafarten benannt, so will dieses offenbar nichts anderes sagen, als daß sie unter diesen in den §§. 35 — 38 erwähnten bürgerlichen Strafarten auf der gleichen Stufe der Höhe und Schwere stehen, nicht aber, daß sie ganz und überall in sich gleiche Strafen sind.

Es folgt dieses aus der ganzen Stellung des §. 37 zu den andern angeführten §§. Es folgt aber auch aus dem ganzen Strafedikt. Denn wären die im §. 37 erwähnten zwei Strafarten zwei in sich ganz gleiche Strafen, so hätte das Strafedikt nicht nöthig gehabt, in den bei weitem meisten Paragraphen, welche bürgerliche Strafen androhen, ausdrücklich solche mit Gefängniß — oder — öffentlicher Arbeitsstrafe zu bedrohen. Es wäre ja mit der Androhung einer Strafe auch vorgeschrieben gewesen, daß dafür die ganz gleiche andere Strafe gilt. Und wenn die §§. 62 und 90 der Unzucht und der Rechnersuntreue nur Gefängnißstrafe vorschreiben, so wäre man also nach §. 37 wegen gänzlicher Gleichheit der Strafen auch berechtigt, dafür öffentliche Arbeit zu erkennen, was man doch nicht annehmen kann.

In sich selbst sind aber die beiden Strafen des gemeinen Gefängnisses und der öffentlichen Arbeit sehr verschieden, und es ist insbesondere die Letztere gegen die Erstere der Sache nach so schwer, daß man selbst, wenn man per analogiam von einer auf die andere schließen wollte, von der schwerern öffentlichen Arbeitsstrafe auf die letztere Gefängnißstrafe, nicht aber von der letztern auf die erstere schwerere Strafe in der Art schließen dürfte, daß die Strafschärfungen der Gefängnißstrafe ohne ausdrückliches Gesetz auch noch auf die ohnedieß schwerere öffentliche Arbeitsstrafe ausgedehnt werden dürfen.

Man wird es zumal in jetziger Zeit nicht mehr bezweifeln, daß der Zwang zu einer Arbeit bei einer Freiheitsstrafe an und für sich schon ein Strafübel ist, und daß dieses Strafübel sich noch dadurch, und zwar in einem hohen Grade steigert, daß der Sträfling sogar noch öffentliche Arbeit verrichten muß. Nun ist es ein bei uns überall bestehender Gebrauch, daß die zu gemeiner Gefängnißstrafe verurtheilten Gefangenen nicht zu keiner Arbeit ge-

Digitized by Google

zwungen werden können, denn obschon eine Verordnung vom 6. Mai 1811, Regierungsblatt 1811 Nr. 14, in Abänderung einer Verordnung vom 28. Mai 1810, Rsbl. Nr. 22, vorschreibt; daß die Arrestanten in Gefängnissen durch angemessene Beschäftigung dem Müßiggang entzogen werden sollen, so ist dieses doch der Aufmerksamkeit der Beamten überlassen, und da nun diese Vorschrift weniger ein Gesetz über den Inhalt und das Wesen der Gefängnißstrafe ist (die Vorschrift bezieht sich auch auf die im Untersuchungsverhaft Befindlichen), als eine Art polizeilicher, dem Müssiggang entgegentretende Maßregel ist, so wird man anerkennen müssen, daß ein z. B. wegen Ehrenkränkung zu Gefängnißstrafe verurtheilter Bürger nicht gezwungen werden kann, das Holz des Gefängnisses zu sägen, oder Wolle zu spinnen. Bei der öffentlichen Arbeit besteht dagegen schon der Natur der Strafe nach allerdings ein Zwang zur Arbeit und noch dazu zur öffentlichen Arbeit. Die Strafe der öffentlichen Arbeit ist also gegenüber der Strafe des gemeinen Gefängnisses ohnedies schon mit den zwei schwerern Strafübeln des Zwangs zur Arbeit und des Zwangs zur öffentlichen Arbeit verknüpft. Sie ist also, man mag sagen, was man will, in sich schon die schwerere Strafe, so daß also die Strafschärfungen des gemeinen Gefängnisses, nicht noch ohne ausdrückliche Erlaubniß des Gesetzes mit der ohnedieß schon geschärften öffentlichen Arbeitsstrafe verbunden werden dürfen.

Sodann ist aber diese Verbindung der Strafschärfungen der Gefängnißstrafe durch Dunkelarrest und Hungerkost mit der öffentlichen Arbeit theils physisch theils moralisch unmöglich. Wenn bei der Gefängnißstrafe die Schärfung des Dunkelarrests eintritt, so bleibt die Hauptstrafe das Gefängniß, bestehen, und zu ihr tritt nur noch die Entziehung des Lichts. Wenn aber öffentliche Arbeit erkannt ist, so kann damit kein Dunkelarrest nicht verbunden werden, denn im Dunkeln läßt sich nicht wohl Steine klopfen, und obwohl man es in anderer Weise dahin gebracht hat, eine Finsterniß zu verbreiten, so ist man doch noch nicht zu der Entdeckung gekommen, das Tageslicht von den Straßen abzusperren. Wenn man auch die geistige Sonne der Preße verdunkelte, so scheint doch noch die Sonne des Tages, und ich würde mich wirklich in großer Verlegenheit befinden, wenn ich mit öffentlicher Arbeit zugleich Dunkelarrest verbinden sollte. Man wird freilich sagen, daß beides nicht zugleich verbunden wird, sondern daß man nebeneinander öffentliche Arbeit, und Gefängnißstrafe erkennt, und alsdann die erkannte Gefängnißstrafe in Dunkelarrest verwandelt. Alsdann entsteht aber die Frage, ob man für ein und dasselbe Vergehen in einem und ebendemselben Urtheil die zwei Strafarten der öffentlichen Arbeit und der Gefängnißstrafe zugleich erkennen darf. Es entsteht die Frage, ob man für einen Diebstahl 8 Tage Gefängniß und 8 Tage öffentliche Arbeit aussprechen darf? Nirgends ertheilt unser Strafedikt dazu die Erlaubniß. Es muß entweder 14 Tage Gefängniß oder 14 Tage öffentliche Arbeit erkannt werden, und wenn dieses, wie nicht zu zweifeln, der Fall ist, so tritt alsdann zur physischen Unmöglichkeit der Vereinigung des Dunkelarrests mit der öffentlichen Arbeit auch noch die gesetzliche Unmöglichkeit der Vereinigung hinzu, so daß von einer Verbindung beider Strafübel keine Rede seyn kann.

Richtig ist es dagegen, daß man die Strafe der öffentlichen Arbeit mit der Strafschärfung der Hungerkost verbinden kann. Aber wäre es nicht die raffinirteste Grausamkeit, wenn man einen zu angestrengter Arbeit auf öffentlicher Straße Verurtheilten auch noch aushungern wollte. Man giebt doch dem Zugvieh seine Nahrung, und wird sie daher dem Menschen nicht entziehen wollen. Allerdings hat gewiß noch kein Richter in Baden, und man hat auch im vorliegenden Fall nicht an diese Vereinigung der Hungerkost mit öffentlicher Arbeit gedacht. Allein eben deßhalb, weil es moralisch undenkbar für einen den Menschen auch noch in einem Uebelthäter achtenden Richter ist, daß man ihn zugleich zu öffentlicher Arbeit und zum Hungern zwingt, so sollte man auch glauben, daß schon der Gesetzgeber dieses eingesehen, und deßhalb diese Vereinigung nicht vorgeschrieben hat.

Und so ist es auch. Das Gesetz vom 25. November 1831 schafft die körperliche Züchtigung ab, und verwandelt solche in Gefängnißstrafe, und wenn man nun darnach verfahren wollte, daß der §. 37 des Strafedikts die Gefängnißstrafe und die Strafe der öffentlichen Arbeit als gleichgeltend ansieht, so müßte man auch sagen, daß man die abgeschaffte körperliche Züchtigung in öffentliche Arbeit verwandeln kann, was gewiß noch nicht geschehen. Das Gesetz führt alsdann für die Gefängnißstrafe nach richterlichem Ermessen den Dunkelarrest und die Hungerkost als neue Strafschärfung ein. Beides ist also ein Strafübel. Jedes Strafübel kann aber über seine gesetzliche Vorschrift hinaus nicht ausgedehnt werden, und da das spezielle Gesetz vom 25. November 1831 das Strafübel nur für die gewöhnliche Gefängnißstrafe einführt, und solches auch in der Rechnung des Dunkelarrests für 4 Tage, und der Hungerkost für 2 Tage Gefängniß nur mit der gewöhnlichen Gefängnißstrafe vergleicht, so sind diese Strafschärfungen auch nur für die Gefängnißstrafe eingeführt, und jede analoge Anwendung dieser Vorschrift auf andere Strafen war um so unrichtiger, weil spezielle Gesetze, wie das Gesetz vom 25. November 1831 eines ist, überhaupt nicht ausdehnend angewendet werden dürfen, und weil insbesonders im Strafrecht die Analogie einen äußerst beschränkten Spielraum hat, und es in keinem Fall zulässig ist, daß man eine für eine besondere Strafe eingeführte Strafschärfung auch auf

Digitized by Google

eine andere Strafe anwendet, von der das Gesetz nichts erwähnt hat. Es liegt dieses um so mehr auf der flachen Hand, als man gewiß anzunehmen berechtigt ist, daß man zur Zeit der Abschaffung der Prügel, daß man im Jahr 1831 gewiß eingesehen hat, daß die öffentliche Arbeit eine in sich bei weitem härtere Strafe als das gewöhnliche Gefängniß ist, und daß man also auch annehmen muß, daß der Gesetzgeber im Jahre 1831 nicht beabsichtigte, die Schärfungen der leichtern Strafe des Gefängnisses auch auf die schwerere Strafe der öffentlichen Zwangsarbeit zu übertragen. Die spätere Gesetzgebung vom Jahre 1833 ist noch nicht einmal dahin gekommen, denn im §. 145 des Forstgesetzes läßt sie nicht die erkannte öffentliche Arbeit, sondern nur die in Gefängnißstrafe verwandelte öffentliche Arbeit durch Hungerkost in Dunkelarrest verschärfen und abkürzen, und so lag nirgends ein Grund vor, welcher die Verbindung der Strafschärfungen der Gefängnißstrafe mit der Strafe der öffentlichen Arbeit zuließ.

Aus solchen Vorgängen beweißt sich am besten, wie bedenklich es ist, in Strafsachen so geradezu nach Analogie zu entscheiden, und gerade daß man bei uns so häufig aus analogen Bestimmungen die Strafurtheile schöpft, ist ein Grund, warum man so sehr über Verschiedenheit des Strafrechts in seiner Anwendung zu klagen hat. Allerdings mag die Unvollständigkeit unserer Strafgesetze die Zulassung der Entscheidung der Strafsachen aus Analogie vielfach entschuldigen. Wenn wir aber ein vollständiges Strafgesetzbuch erhalten, so wird dieser Grund der Unvollständigkeit der Gesetzgebung wegfallen, allein wir werden voraussichtlich doch die Entscheidung der Strafsachen aus Analogie behalten, obschon sie den ersten und wahrsten Grundsätzen des Strafrechts widerspricht, denn die Hauptursache der übertriebenen Anwendung der Analogie in Strafsachen liegt in der Organisation unserer Strafgerichte.

Unsere Strafgerichte sind nämlich zugleich die bürgerlichen Gerichte. Zwischen beiden besteht lediglich keine subjektive und objektive Trennung, indem in der nämlichen Sitzung bürgerliches — und — peinliches Recht gesprochen wird. Beides ist aber gerade in einem der obersten Grundsätze der Entscheidungsnormen sich entgegengesetzt, denn indem z. B. unser L. R. S. 4 a den Richter anhält, nach Analogie zu entscheiden, soll der Strafrichter sich streng an die Vorschrift des Gesetzes halten, und wo dasselbe nicht mit bestimmtem Ausspruch eine Handlung als strafbar bezeichnet, muß er sich ihrer Bestrafung enthalten. Sowie man aber bürgerliches und peinliches Recht von den nämlichen Richtern ausgehen läßt, so erhält dadurch die dem bürgerlichen Richter erlaubte, ja selbst gebotene Entscheidung der Fälle aus Rechtsähnlichkeit auch in peinlichen Sachen eine ungebührliche Geltung. Der bürgerliche Richter ist der beste, der am meisten der Rechtsähnlichkeit Meister ist, diese seine wissenschaftliche und logische Fertigkeit trägt er vielfach sich unbewußt auch auf seine Entscheidung der peinlichen Sachen über, und so lange man keine subjektive Trennung der beiden Gegenstände richterlicher Funktionen vornimmt, eben so lange bekämpft man vergebens die Zulassung der Entscheidung der Strafsachen aus Analogie. Man mag an die Spitze des Strafgesetzbuchs Grundsätze der Beschränkung der Analogie stellen, welche man will, man tritt ihr mit Erfolg nur dann entgegen, wenn man die Entscheidung der Strafsachen organisch und subjectiv von der Entscheidung der Civilsachen trennt. Die Erfahrungen, die man anderwärts darin gemacht hat, sollten für uns, die wir jetzt die gleiche machen, nicht verloren gehen, und wenn wir ein Strafgesetzbuch ohne alle veränderte Gerichtsorganisation erhalten, wenn wir unsere Strafgerichte fortwährend auch als in nichts davon getrennte bürgerliche Gerichte bestellen, wenn wir nicht einmal die geringste Sonderung der Hofgerichte in Civil- und Criminalsenate vornehmen, so gehört kein prophetischer Geist dazu, um vorauszusagen, daß wir vergebens eine richtige, den wahrsten und obersten Grundsätzen gerechter Strafgerechtigkeitspflege entsprechende Entwicklung und Ausbildung unsers demnächstigen Strafgesetzbuches zu erwarten haben.

Bei dieser Gelegenheit ist übrigens noch auf die so verschiedene Vollziehung der Strafe der öffentlichen Arbeit aufmerksam zu machen. Einige Aemter sperren nämlich die dazu verurtheilten Sträflinge über Nacht in das Amtsgefängniß ein. Andere lassen sie über Nacht zu Haus schlafen. Insbesonders tritt letzteres bei allen wegen Forstfrevels zu öffentlicher Arbeit Verurtheilten ein, und doch besteht nirgends ein Gesetz, welches zwischen der öffentlichen Arbeit für Diebstahl oder Forstfrevel einen Unterschied macht, sowenig wie meines Wissens ein Gesetz besteht, welches vorschreibt, daß die zu öffentlicher Arbeit Verurtheilten über Nacht im Gefängniß oder zu Haus seyn sollen, oder dürfen. Selbst im alphabetischen Auszug ist unter dem Wort Strafe darüber nichts zu finden, sondern nur vorgeschrieben, daß die wegfertigen Sträflinge überhaupt und für die ganze Strafzeit im Thurn gehalten werden sollen, was aber alsdann keine öffentliche Arbeit ist. Sander.

V.

Entscheidung des Hofgerichtes des Seekreises vom 31. August 1838. Ueber den Sinn des L. R. S. 922 und 918.

Kirner gegen C. Heizmann'sche Wittwe.

Des Erblassers Tochter aus erster Ehe, sein einziges

Digitized by Google

Kind, klagt gegen dessen nachgelassene zweite Ehefrau, welcher derselbe im Ehevertrag sein ganzes Vermögen bis auf 300 fl. — und später auch noch diese 300 fl. im Testament vermacht hat, auf Minderung nach L. R. S. 1098 bis auf drei Viertheile der im Ganzen etwa 1500 fl. betragenden Verlassenschaft.

Die Stiefmutter wendete ein: der Erblasser und seine erste Ehefrau hätten zu gleichen Theilen ein großes Bauerngut gemeinschaftlich besessen, und solches mit Auflage eines Leibgedings, in einem kindlichen Anschlag, für den Preis von 4000 fl., welche die Tochter dafür an die Eltern habe bezahlen müssen, im Jahr 1818 übergeben. Dieses Gut, bei welchem auch noch Fahrnisse sich befanden, habe die Tochter einschließlich der Belastung mit dem Leibgedinge, und ausschließlich der Fahrnisse im Jahr 1829 für den Preis von 16,350 fl. verkauft. Danach sei klar, daß die Tochter diese Uebergabe als Geschenk betrachten müsse, welches zur Hälfte auch vom Erblassee gekommen sei, sie müsse daher dieses Geschenk in ihren Pflichttheil einrechnen, und könne deßhalb die spätere Schenkung und Vermächtniß zu ihren Gunsten, im Betrag von etwa 1500 fl. nicht anfechten.

Es fragte sich, ob diese Einrede gegründet sei? und nach welcher Gesetzesbestimmung?

Drei Stimmen behaupteten die Einrede sei gegründet, und zwar deßhalb, weil der Notherbe nach L. R. S. 922 auf seinen Pflichttheil alles einrechnen müsse, was ihm — sei es Voraus, oder nicht, geschenkt worden sei. Nach dieser Majorität wurde dann der Beklagten der Beweis auferlegt,

„daß der fragliche Uebergabsvertrag belastete Schenkung sei, oder daß das Gut einen höhern Werth zur Zeit der Uebergabe gehabt habe als 4000 fl., und welchen Werth es gehabt habe."

Die hieher gehörige Stelle der Entscheidungsgründe lautet:

„Die Einrede ist erheblich, weil nach L. R. S. 922 — wenn eine Minderungsklage angestellt wird, der Betrag aller Schenkungen des Erblassers zu dem bei dessen Absterben vorfindlichen Vermögen hinzugerechnet, und nach der sich hiedurch ergebenden Summe der Pflichttheil berechnet werden muß, der Anwendung des L. R. S. 922 stehen auch weder die Vorschrift des L. R. S. 925, noch des L. R. S. 857, 918 und 921 entgegen, weil hier der Pflichterbe selbst es ist, der die Minderung begehrt, somit auch die Bedingung der Minderung, welche der L. R. S. 922 enthält, gegen sich in Anwendung bringen muß, so wie überhaupt die Vorschriften der L. R. S. 857, 918, 921, um sie mit dem Satz 922 in Einklang zu bringen, auf die reelle Einwerfung des Vorempfangs zu beschränken, keineswegs aber auf die fingirte des L. R. S. 922 auszudehnen"

„Sirey Code ann. ad art. 857 Nr. 6 — Paillet, Man. ad 857"

„und um den Satz 1098 nicht nur zum Nachtheil, sondern auch zum Vortheil des zweiten Ehegatten volle Wirksamkeit zu geben, auf letztern Satz gar nicht zu beziehen sind."

„Sirey l. c. ad 1098 Nr. 5." —

Allein der L. R. S. 922 hat den ihm hier unterstellten Sinn weder nach seinem Wortlaut und Geist, noch nach der ausgemachten Jurisprudenz und Doctrin, noch nach den citirten Stellen.

Besonders nach unserm Text ist die Tendenz des Artikels recht evident in den ersten fünf Worten ausgedrückt, und darnach hat er kein anderes Ziel, als die Art und Weise zu bestimmen, wie der Betrag des Pflichttheils und des Freitheils gefunden werden soll. Dagegen hat er durchaus nicht die Absicht zu bestimmen, aus welchen Vermögenstheilen, der eine und der andere genommen werden soll, — wie die Majorität meint. Erst die folgende Artikel bestimmen dieß.

Daß Praxis und Doctrin mit dieser Auslegung — oder vielmehr mit dem Wort des Artikels übereinstimmen, ist aus jedem Jahrgang der Sammlungen der Urtheile französischer Gerichtshöfe, und aus

Toullier (ed. tarlier) III Nr. 884 — wo sich der Fall in terminis entschieden findet — und Nr. 165.

Duranton (ed. tarlier) IV Nr. 367, 368 u. p. 373 u. 139 zu entnehmen. Die in den Entscheidungsgründen citirten Stellen lauten aber durchaus nicht zu Gunsten der Majorität. Die erste dieser Stellen sagt:

Lorsqu'un donataire de la quotité dispon. se trouve en concours avec un donataire anterieur d'avancement d'hoirie, il peut, afin de determiner la consistance disponible exiger la réunion fictive à la masse des choses donnés en préciput, et quand la quotité disponible se trouve fixée, le donataire la préleve sur les biens possédés par le donateur lors de son décés, soit en totalité, si elle n'a pas été entamée par le don en avancement d'hoirie anterieur, soit en partie seulement, si ce don excéde la legitime de l'héritier qui l'a reçu.

Da ist zwar gesagt, daß der Donatär auch ein Geschenk en préciput, per fictionem zur Masse rechnen könne, allein weiter folgt auch nichts daraus, als daß es geschehe, um den Betrag des Freitheils zu bestimmen, und daß der Erbe, was er nicht zum Voraus erhalten, auf die Legitima einreichen müsse. Davon steht hier kein Wort, daß alles eingerechnet werden müsse, also auch das en préciput Gegebene. Selbst um die Größe des Freitheils im

Digitized by Google

Interesse des Donatärs zu bestimmen, könnte von ihm nur die Einrechnung des spätern nicht aber eines frühern Geschenkes en précipat gefodert werden, und es muß daher hinter dem Wort choses ein „postérieurement" in obiger Stelle eingeschaltet werden: durch Einrechnung früherer derartiger Geschenke wird die Masse, und also auch sein Freitheil zwar vergrößert, aber auch der Pflichtheil vergrößert sich, und weil auch dieser in der Befriedigung nach 923, 599 dem ersten vorgeht, so hilft den Donatär die blos durch die Zahl, nicht auch durch Zahlung, bewirkte Vergrößerung seines Freitheils nichts.

Die angeführte Stelle von Pailliet ist wegen ihrer Allgemeinheit nur scheinbar zu Gunsten der Entscheidungsgründe — denn aus andern Stellen erhellt aufs deutlichste, daß der Notherbe nur die Einrechnung dessen, was er nicht zum Voraus erhalten hat, zum Beleg seines Pflichttheils sich muß gefallen lassen.

Die zuletzt citirte Stelle von Sirey ad 1098 gehört gar nicht hierher, sie sagt der Art. 921 finde bei Schenkungen an einen zweiten Ehegatten, soferne sie inoffizios seien, keine Anwendung, weil la reduction peut être demandée par l' époux donateur lui même. Das kann man nur sehr uneigentlich eine Ausnahme vom L. R. S. 921 nennen; übrigens ist in dieser Stelle vom donateur die Rede, während sie in den Entscheidungsgründen auf den donataire angewendet wird; die Thunlichkeit einer solchen Anwendung möchte doch einigen Zweifeln unterliegen.

Die Behauptung der Minorität dagegen, daß, was zum Voraus dem Notherben geschenkt sei, von ihm auf seinen Pflichttheil nicht als empfangen eingerechnet werden müsse — findet sich allgemein anerkannt. Der L. R. S. 922 sagt übrigens gar nichts darüber, und kann gar nicht in dieser Materie angezogen werden. Nicht einmal die Behauptung, welche jedoch allgemein angenommen ist, daß der Pflichterbe dasjenige auf den Pflichttheil aufrechnen müsse, was er ohne Befreiung von der Einwerfung erhalten habe, läßt sich aus dem Artikel nachweisen, denn der Artikel beschäftigt sich weder ausdrücklich noch implicite mit diesem Gegenstand. Duranton l. c. gesteht selbst zu, daß sich dieser Satz überhaupt nicht aus einer bestimmten Stelle des C. c. nachweisen lasse, und behauptet nur, daß es eine Tradition des ältern Rechts sei, und der Gerichtsgebrauch immer für ihn gewesen sei. Das ist auch ganz richtig.

Der Beweis dafür, daß das Gesetz nicht fodere, daß der Erbe alles auf seinen Pflichttheil rechne, was er erhalten hat, (ob zum Voraus oder nicht) — ist leicht aus dem Gesetz zu führen. Dasselbe hat nämlich die Eigenschaft eines Erben und Donatärs nicht nur nicht für verträglich in derselben Person erklärt, sondern auch an andern Orten ausgesprochen, daß sie in verschiedene Eigenschaften getrennt werden sollen. Der Art. 923 spricht von Schenkungen durchaus ohne Unterscheidung zwischen Schenkung für den Erben, und jenen für Dritten, und wenn in jedem Fall der Erbe das Empfangene ganz aufrechnen müßte, so hätte der Art. 924 nicht von einer Minderung des Geschenkes des Erben reden können. Darnach ließe sich nun zwar nach dem Buchstaben des Gesetzes die Behauptung vertheidigen, daß der Erbe gar nichts auf seinen Pflichttheil anfrechnen müsse — keineswegs aber die entgegengesetzte der Majorität, daß er Alles aufrechnen müsse. Wenn nun auch der erste dieser Sätze vom Gerichtsgebrauch durch eine interpret. benigna dahin beschränkt ist, daß der Erbe nur dasjenige nicht aufrechnen müsse, was ihm im Voraus gegeben ist, alles übrige aber einrechnen müsse — so ist es doch noch keinem französischen Juristen eingefallen, der letzten Behauptung beizutreten.

Nimmt man nun mit den zwei Stimmen der Minorität den Satz als ausgemacht an, daß, was zum Voraus geschenkt ist — nicht als Empfang auf den Pflichttheil gerechnet werden müsse — so hätte es sich im vorliegenden Fall, wie diese beiden Stimmen wollten, nur darum fragen können, ob in dem vorliegenden Fall eine Schenkung zum Voraus enthalten sei, oder nicht; darauf hätten also auch die Entscheidungsgründe sich einlassen müssen.

War man der Ansicht, daß der Art. 918 so auszulegen sei, wie ihn der feste Gerichtsgebrauch und jetzt alle Rechtsgelehrte in Frankreich verstehen — so hätte die Einrede als ungegründet verworfen, und der Klage gemäß erkannt werden müssen.

War man der entgegengesetzten Ansicht, so hätte dieß wenigstens in den Entscheidungsgründen ausgeführt werden müssen.

Da die Sache noch in der Beweisinstanz schwebt, und der Gerichtshof bei der definitiven Entscheidung immer noch einer andern Ueberzeugung Raum geben kann, da der angefochtene Grundsatz der Majorität in zwei langen Berathungen bekämpft und verfochten wurde, da es von der höchsten Wichtigkeit wäre, wenn die Ansicht der Majorität das Feld behalten, und die Entscheidung derartigen Fragen präjudiziren würde, auch der Fall in Beziehung auf den L. R. S. 918 von Interesse ist, so wird über dessen definitives Schicksal weiter referirt werden.

Keller.

Anzeige.

So eben ist bei uns erschienen und in allen Buchhandlungen des Großherzogthums Badens, in Karlsruhe bei Ch. Th. Groos, in Heidelberg bei K. Groos, in Freiburg bei A. Emmerling zu haben:

Das Verbrechen der Ehrenverletzung.

Ein Beitrag zur Beurtheilung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Baden v. J. 1836, und für das Königreich Würtemberg v. J. 1835, von J. v. Kettenacker, Hofgerichtsdirektor zu Mannheim, Ritter des Zähringer Löwenordens ꝛc. Preis: 48 kr.

Mannheim, Januar 1839. Schwan- und Götz'sche Hofbuchhandlung.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe den 12. Januar 1839.

I.

Obergerichtärztliches Gutachten.

Wegen Verwundung des Waldhüters ... und dessen erfolgten Todes.

Den 15. Jan. v. J. Nachts 9½ Uhr ging der Waldhüter der Gemeinde H... mit 13 dortigen Bürgern in den Theil der Gemeindewaldung, wo von den Einwohnern des benachbarten Dorfes U... häufig Holzfrevel verübt werden, als jene nach Verfluß einer Stunde in einem anstoßenden Waldtheil ein Sägengeräusch vernahmen, eilten sie der Gegend zu, und sahen bei schöner und mondheller Nacht die frevelnden Bauern, 12 — 15 an der Zahl, welche sich jetzt auf die Flucht begaben. Allein auf ihrem Gemeindewald angekommen, blieben die U... plötzlich stehen, und verfolgten nun ihrerseits die Zurückweichenden in Anzahl minder gewordenen H..., von denen der Waldhüter in der fortlaufenden springenden Reihe der letzte und muthigste war. Dieser stolperte über den Stock seines Vormanns, kam mit dem Gesicht zu Boden liegend, dasselbe einmal umdrehend und um Schonung bittend, versetzten ihm jetzt seine mit langen dicken Prügeln und Aexten bewaffneten rohen, grausamen Verfolger etwa 10 Streiche, theils auf den Kopf, theils auf die Schultern, den Rücken und einen Arm. Nachdem die Mißhandlung geendet war, raffte der Waldhüter in gesammelten Kräften sich auf, schlich etwa 30 Schritte nach einem Forlenstamm, von wo er seine Feinde unter drohenden Worten abermals dem Kampfplatze sich nahen sah, aber unentdeckt blieb; dem Geprügelten waren Harn und Koth unwillkührlich abgegangen, seine Freunde trafen ihn am Ausgang des Waldes, geleiteten ihn nach Hause, wo er den 16. Jan. nach Mitternacht 1 Uhr ankam.

Die gerichtliche Besichtigung am Morgen desselben Tags zeigte dem Physikat folgende Verletzungen: auf der linken Stirnseite eine 1″ 6‴ lange, gezackt gerundete bis auf den Schädelknochen eindringende Wunde, auf der Höhe des rechten Scheitelbeins eine stumpfwinkeliche, die Beinhaut entblößende Lappenwunde, zwischen deren je ein Zoll langen Schenkeln die Kopfschwarte in gleicher Länge gänzlich losgetrennt ist; in dem obern aufgeschwollenen Theil des rechten Vorderarms ist die Ellbogenröhre gebrochen, und dem befühlenden Finger nach zersplittert, auf dem rechten Schulterblatt ist eine 2″ im Umfang haltende geröthete Hautstelle ersichtlich, die ganze Schultergegend dieser Seite ist in einem sehr angeschwollenen Zustand. Der Verletzte hatte angeblich ziemlich viel Blut verloren, jetzt ist der Puls gereizt, der Durst vermehrt — das Athmen frei, das Bewußtseyn ungetrübt. — Die Kleidungsstücke des Verwundeten, die dicke Pelzkappe, das Halstuch, die Sammtweste, der gefütterte Wamms und der tuchene Mantel, sammt Kragen, sind theilweise von Blut befleckt.

Kalte Umschläge, ein kühlendes Abführmittel, säuerliches Getränke, erleichterten den schwindelichen eingenommenen Kopf, wegen heftiger Schmerzen und vermehrter Anschwellung des Vorderarms mußte der Verband nach einigen Tagen lockerer angelegt werden, die Kopfwunden eiterten, das Allgemeinbefinden scheint so ziemlich erträglich gewesen zu seyn, da bis zum 31. Jan. keine anderen ärztlichen Verordnungen in der Krankheitsgeschichte bezeichnet werden. Allein vom 30. Jan. an nach 4 Tage lang ausgesetzten Besuchen des Amtwundarztes klagte der Erkrankte über allgemein unbehagliche Gefühle, über herumziehende Schmerzen in der Brust bei gesteigerter Hautwärme und etwas gereiztem Pulse, in der folgenden Nacht Schüttelfrost, dann Hitze, erschwertes Athmen, Stechen zur linken Brustseite, Husten mit schleimigem, blutstriemigen Auswurf, häufiger harter Blutstoß und anhaltendes Fieber, — der herbeigerufene Physikatvorstand bekämpft jetzt mit Blutentziehungen und andern geeigneten Mitteln die unverkennbare Brustentzündung, welche sich in den folgenden Tagen mindert, allein der Unterleib und der Kopf werden in den Kreis der krankhaften Erscheinungen später mit hineingezogen, galligtes Erbrechen, Durchfälle, Irrereden. — Die Zunge wird trocken, der Fieberzustand ein nervöser,

Digitized by Google

unter fortdauernder zweckgemäßer Kunsthilfe sinken die Kräfte, erfolgt den 18. Februar der Tod. —

Die innere Besichtigung des Leichnams zeigt uns unter den beiden nach außen bereits geschlossenen Kopfwunden den Hirnschädel rauh und leicht im Umfang geröthet, die Hirngefäße sind von Blut ziemlich erfüllt, auf der hintern Hälfte der beiden Hirnhalbkugeln ist unter der getrübten Spinnwebenhaut seröse Flüssigkeit ergossen, aus den durchschnittenen Schichten des großen und kleinen Gehirns entwickeln sich zahlreiche Blutpunkte, die linke Hirnkammer enthaltet eine ½ ʒ betragende wässerige Flüssigkeit, das beiderseitige Adergeflecht ist mit Hydatiden besetzt, auf der Schädelgrundfläche ist etwas Serum ergossen. — In der eröffneten Brusthöhle ist das Rippenfell rechter Seits mit der Lunge durchaus und fest verwachsen, so daß nur mit Gewalt die Trennung vollbracht werden kann, der Bestandtheil der rechten Lunge ist größtentheils hepetisirt und mit zahlreichen bereits erweichten Tuberkeln besetzt, auch die linke Lunge ist nach hinten und unten leberartig erhärtet, der Herzbeutel enthält eine ʒ wässerige Flüssigkeit, das welke Herz sonst in geregeltem Zustand. — Aus dem Sektionsbefund der Bauchorganen verdient bemerkt zu werden, daß die Schleimhaut des Dünndarms stellenweise geröthet und weißfarbig und diejenige des Blinddarms noch stärker roth und theilweise wund erscheint. — In dem eingeschnittenen rechten Vorderarm sieht man neben dem bestehenden Schiefbruch der ulna noch mehrere Knochensplitter, welche Knochenverletzungen durch calces noch nicht vereinigt sind. —

In dem Endgutachten vom 15. Mai sucht das Physikat... seine gerichtliche Ansicht dieser Verletzung der Hauptsache nach dahin zu motiviren, daß Waldhüter... schon vor zugefügter Mißhandlung an tuberkuloser Lungenschwindsucht gelitten, daß zu dieser schon bestandenen Krankheit unter Begünstigung der Jahreszeit sich eine Pleuropneumonie hinzugesellt habe, die zugefügten Verletzungen hätten daher bei größerer Empfänglichkeit für äußere schwächende oder aufregende Reize schädlicher einwirken können, der eingetretene Tod stände demnach mit der zugefügten Verletzung zwar in einigem jedoch sehr entfernten Zusammenhang, und die Verletzung selbst sei als eine schwere — nicht gefährliche zu betrachten. — Ich meiner Seits ertheile dem vorliegenden Fall eine höhere Bedeutung; ich halte mich verpflichtet, dem hohen Gerichtshof eine strengere Ansicht anzustellen.

Zuvörderst muß ich sehr bezweifeln, daß dieser 46 Jahr alte Waldhüter als brustkrank, als lungensüchtig schon vor zugefügter Mißhandlung angenommen werden müsse. Die Akten enthalten hievon keine Spur und im Allgemeinen wird die Behauptung gültig erscheinen, daß ein wirklich im Dienst thätiger Waldhüter nicht lungenschwindsüchtig sei, und wäre er dies, daß er bei Schnee und strenger Winterkälte zur tiefen Nachtzeit auf Holzfrevler nicht fahnden, und flüchtigen Fußes nicht eine ¼ Stunde Weg weit springen wird.

Die eingeschnittene Leiche hat zwar allerdings Rippenfellverwachsung, Hepatisirung der Lungen und bereits gebildete Eiterpunkte in der rechten Lunge gezeigt, allein diese krankhaften Zustände berechtigen noch nicht zu dem sichern Schluße, daß eine tuberkulose Lungenentartung schon vor erlittener Verletzung chronisch bestanden haben müsse. Solche Krankheiterfolge können sich, gerade veranlaßt durch die eigenartige Mißhandlung, füglicherweise in der langen Zwischenzeit zwischen Verletzung und Tod während 34 Tagen gebildet haben. Will man auf die Sektion allein nur gestützt ein schon früher bestandenes Brust- und Lungenleiden annehmen, so dürfte man auch mit demselben Recht behaupten, daß der nunmehr Verstorbene vor zugefügter Mißhandlung an Herzbeutelwassersucht gelitten habe, weil man in dessen Leiche 1 ʒ Wasser im Herzbeutel fand. Ich setze daher voraus, daß der Verletzte überhaupt und insbesondere in seinen Brustorganen ein gesunder Mensch war.

Die freveluden rohen Bauern haben mit Holzartstielen, mit dicken, schweren im Walde zum voraussichtigen Schutz abgehauenen Prügeln, welche Werkzeuge, obgleich nicht zu Gerichthanden gekommen, dennoch laut Aussage und Beschreibung der beiden feindlichen Theile als schädliche bezeichnet werden dürfen, auf den zu Boden vorwärts niedergefallenen Waldhüter mit etwa 10 Streichen hineingeschlagen. Da nun bei der äussern Besichtigung des Verletzten nur 2 Kopfwunden (die Pelzmütze war doch gleich anfangs des Sturzes oder des ersten Schlags vom Kopf weggefallen) und der rechte Arm zerschmettert aufgefunden wurden, so müssen die andern 7 Streiche den Rücken getroffen haben. Man entdeckte auch in der That auf dem rechten Schulterblatt eine 2″ umfangende geröthete Quetschung, und die ganze rechte Schultergegend in sehr aufgeschwollenem Zustand. Hiebei müssen wir jedoch bedenken, daß die dicke Winterkleidung des Geprügelten die entzündende striemende Wirkung der Schläge natürlicherweise minderte, nahehin verunmöglichte, daß also die einzelnen im weiten Kreise auftreffenden Prügelstreiche nicht sichtbar auf der Rückenhaut gezeichnet erscheinen konnten, während die noch einwärts wirkende Gewalt durch den gefütterten Wammes und den tuchenen Kragenmantel in gleichem Verhältniß nicht geschwächt wurde. Diese auf den Rücken beigebrachten, gewaltigen Prügelstreiche mußten also die Wirbelsäule, den Brustkorb und die in demselben beherbergten lebenswichtigen Organen, das Rückmark, die Lungen und das

Digitized by Google

Herz in irgend einem Grade erschüttern. Wir sahen, daß dem Geprügelten an Ort und Stelle Harn und Koth unwillkührlich abgegangen waren, die Erschütterung scheint also ziemlich heftig eingewirkt zu haben. Doch diese augenblickliche Nervenlähmung, vielleicht auch durch Furcht und Schrecken mitbedungen, war vorübergehend — allein in beiden Lungen und vorzüglich in der rechten Lunge, auf welche Seite äusserlich sichtbar die Rückenstreiche am kräftigsten einwirkten, scheint eine nachhaltige Säftestockung einschleichender, anfangs schwach entzündlicher Zustand durch solche Erschütterung bewirkt worden zu seyn. Auch in andern nicht seltenen Fällen haben Brusterschütterungen erfahrunggemäß Entzündung des Rippenfells, der Lungen, Verwachsung und Eiterung, Erguß seröser Flüssigkeiten, Brustwassersucht herbeigeführt. Der innere Arzt hat den Verletzten, den Erkrankten während der ersten 15 Tage nur 2 mal am 16. und 18. Jan. gesehen, er fand damals bei unmerklich gestörtem Allgemeinbefinden keine Aufforderung zu fortgesetzten, ärztlichen Besuchen, der Amtwundarzt in seinem Fache mehr nur mit dem Verband der Kopfwunden und des Knochenbruchs beschäftigt, erkannte erst am 30. und 31. Jan. nach 4 Tage langer, durch die damalige Umstände anscheinend erlaubter Abwesenheit die Spuren der jetzt auflodernden Entzündung, ich kann also freilich bei mangelnder Angabe einer scharfen Beobachtung des Kranken in der ersten Hälfte der Zwischenzeit bis zum Tod mit abstechender Gewißheit nicht versichern, daß in unserm Fall die auf den Rücken zugefügten Prügelstreiche die wirkende Ursache der nachgefolgten Brustentzündung sind und enthalten, die Möglichkeit einer hievon unabhängig sich entwickelt habenden Lungenentzündung muß unter solchen Verhältnissen von mir zugegeben werden. Allein ihr Entstehen bleibt immerhin sehr verdächtig und mir scheinen das Springen und Erhitzen während Furcht, die Rückenstreiche, der gezwungene verlängerte Aufenthalt in der kalten Nachtluft auf den mit Schnee bedeckten Boden, in diesem zerschlagenen, geschwächten, angstvollen Zustand als ursächliche schädlichere Momente hervorgehoben werden zu müssen, als die damalige zu Entzündungskrankheiten neigende Witterung, und Luftbeschaffenheit. Wenn laut Angabe des Physikus die Ehefrau des Waldhüters gleichzeitig an der Lungenentzündung erkrankt war, so ist dieß als rein zufällig zu betrachten, und kann jedenfalls die gegentheilige Ansicht in ihrer Schätzung nicht schwächen. Diese einmal nach vorherigem Schüttelfrost (mir ein Zeichen der ans schleichender Entzündung wahrscheinlich schon begonnenen Eiterung) entstandene Brustfell- und Lungenentzündung mußte unter den vorhandenen, schwächenden Zugaben, unter den Säfteverlust der eiternden Kopfwunden, unter den heftigen Schmerzen des zerschmetterten Arms, unter der lähmenden Einwirkung der erschütterten Nerventheile noch bedeutungsvoller, noch lebensgefährlicher werden, der Krankheitherd verbreitete sich auf das Gehirn und die Gedärme, unter den gewöhnlichen Erscheinungen während des Lebens und nach dem Tod, der Zustand ward nervös, und der hierauf eingetretene Tod ist die unbezweifelte Folge der in den Brustorganen zuerst aufgeloderten Entzündung. Die Sektion hat nachgewiesen, daß die Entzündungkrankheit vorzüglich in der rechten am meisten erschütterten Brusthöhle heftiger und eindringender eingewirkt hat, dort war das Rippenfell im weiten Umkreis mit der Lunge fest verwachsen, dort war die Lunge festzellig mit stockenden Säften erfüllt, dort hatten sich Eitersäckchen gebildet.

Damit aber, daß ich die zugefügte Mißhandlung mit der hierauf entstandenen Lungenentzündung in einen ursächlichen Zusammenhang setze, daß ich fernerhin den Tod als Wirkung dieser tödtlich gewordenen Lungenentzündung dargestellt habe, will ich das Schlimmste noch nicht behaupten, daß der objektive Thatbestand einer Tödtung als hergestellt zu betrachten sei. Es liegen hier noch so viele Möglichkeiten, so viele dunkle Zwischenumstände vor, die ich nicht bezweifeln, klar nicht erhellen kann, daß ich die zugefügte Verletzung als eine gerichtlich-tödtliche nicht erklären, daß ich dieselbe bei etwaiger Bestimmung des Grades der Tödtlichkeit in irgend eine Stufe der tödtlichen Verletzungen nicht einreihen, daß ich dieselbe in gewöhnlichem Wortbegriff als eine zufällig tödtliche nicht bezeichnen darf. Wenn ich also erklärt habe, daß die vorliegende Verletzung die gerichtlich zureichende Ursache des Todes nicht enthaltet, so muß ich jetzt bestimmen, ob dieselbe im strafrechtlichen Sinne schlechthin als Verwundung oder als gefährliche Verwundung zu betrachten sei, — dieß ist die Frage.

Die beiden Kopfwunden, der Knochenbruch des Vorderarms, sind der Kunsthilfe bedürfige, schwere Verletzungen, sind Verwundung, — doch damit ist die Gesammtverletzung in ihrem pathologischen Werth gerichtlich noch nicht hinlänglich geschildert; denn die mehrfachen Rückenstreiche haben nach meiner aus innigster Ueberzeugung hervorgegangenen Darstellung eine Erschütterung des Rückmarks und der Lungen, ein viel bedeutungsvolleres Leiden zu Stand gebracht. In Erwägung also, daß diese letztere, eigenthümliche, verborgene Verletzung gleich anfänglich bestand, und daß die aus ihr entsprungene Brustentzündung somit ihren Erfolgen späterhin das Leben des Verletzten gefährdet hat, bestimme ich von einer Tödtung bei mangelndem sicherm Thatbestand Umgang nehmend, die fragliche Gesammtverletzung im gesetzlichen Sinn als gefährliche Verwundung.

Der Medizinalreferent,
Sander. Dr.

Digitized by Google

II.

Rechtsfall

Ueber die Kompetenz der Schiedsgerichte bei Streitigkeiten zwischen Theilhabern an Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen.

Unverkennbar wichtig in jedem Rechtsstreite ist die Vorfrage: wer solchen richterlich zu leiten und zu entscheiden habe? — Die, wer der zuständige Richter sei? —

Von besonderer Wichtigkeit ist aber diese Vorfrage in Streitigkeiten, deren eigenthümliche Beschaffenheit zur klaren Auffassung und richtigen Beurtheilung technische Sachkenntniß nothwendig oder doch wünschenswerth macht. In diese Klasse von Streitigkeiten gehören wohl Handelssachen, für welche in Frankreich Handelsgerichte bestehen (auch in Baden wurden nach einem derartigen Institute schon mehrfache Wünsche und Anregungen laut!), und namentlich Streitigkeiten unter Handelsgesellschaftern, zu deren Schlichtung Schiedsrichter berufen sind.

Findet ein Streit statt zwischen Theilhabern an einer Handelsgesellschaft im Sinne des H. R. S. 19 ff., so giebt man zu, daß solcher kraft der Bestimmung in H. R. S. 51 der schiedsrichterlichen Aburtheilung in erster Instanz anheimfalle; abweichend dagegen sind die Ansichten: ob auch Streitigkeiten in Gesellschaftsangelegenheiten zwischen Theilhabern an Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen im Sinn des H. R. S. 47 und 48 durch Schiedsrichter entschieden werden müssen, und ob hiebei eine Prorogation Platz greife? (Dieser Gegenstand wird in der industriösen Folgezeit noch mehr praktische Bedeutung erlangen!).

Das großherzogliche Stadtamt Karlsruhe erachtete sich in nachstehendem Rechtsstreite für competent, das großherzogliche Hofgericht des Mittelrheinkreises aber sprach durch Urtheil vom 28. Februar d. J. aus: Es seien das von dem Stadtamte Karlsruhe eingeleitete Verfahren und das hierauf erlassene Erkenntniß ꝛc. ꝛc. unter Verfällung der Kläger in die Kosten beider Instanzen wegen Mangels der richterlichen Zuständigkeit als nichtig aufzuheben, und die Kläger mit ihren Ansprüchen zum schiedsrichterlichen Austrage zu verweisen.

Entscheidungsgründe.

Gestützt auf den — in den unterrichterlichen Akten Fasc. I (9) und Fasc. II (22) enthaltenen, beiderseits für ächt anerkannten Vertrag, d. d. 30. September 1812, wornach die Handelsleute Seckel Levis und Hirsch zu Karlsruhe sich verabredeten, die an jenem und am folgenden Tage versteigert werdende Brod- und Fourage-Lieferung für das großherzogliche Militär in Karlsruhe und Bruchsal gemeinschaftlich an sich zu ersteigern, in der Art, daß derjenige von ihnen, welcher das letzte Gebot habe, schuldig sei, den Andern mit in Akkord zu setzen, ferner, daß die deßfallsige Lieferung gemeinschaftlich in zwei Theilen übernommen und nach deren Uebernahme gemeinschaftlich besorgt werde, auch jeder der beiden Kontrahenten die Einlage zur Hälfte zu bestreiten, und jeder den Gewinnst und Verlust zu empfangen resp. zu leiden habe, Hirsch jedoch, da er dieß Geschäft meistens zu besorgen hätte, entweder vom Gulden 36 kr. oder 500 fl. zum Voraus erhalten solle, — sodann gestützt auf die thatsächliche Behauptung, daß erwähnte Brod- und Fourage-Lieferung wirklich übernommen und effectuirt worden sei, und zwar vom November 1812 bis Januar 1814, — Hirsch auch die Gelder hierfür von der großherzoglichen Kriegskasse eingezogen habe; begehrte Kläger, Sekel Levis im Jahr 1829 bei dem Stadtamte Karlsruhe von dem Beklagten Hirsch zuerst Rechnungstellung über jenes gesellschaftliche Lieferungsgeschäft und erwirkte in Appellatorio ein seinem Begehren entsprechendes hofgerichtliches Urtheil, d. d. 5. Oktober 1830 dahin:

„daß Beklagter allerdings schuldig und verbunden sei, dem Kläger die geforderte Rechnung von der Militärlieferung vom November 1812 bis Januar 1814 binnen vier Wochen zu stellen;"

welches von großherzoglichem Oberhofgerichte am 29. März 1833 lediglich bestätigt und schon längst rechtskräftig wurde.

Beklagter erklärte sich jedoch sofort wegen vorgeschützten Abmangels aller zu der auferlegten Rechnungstellung erforderlichen Bücher und Papiere außer Stande, gedachtem Urtheile Folge zu leisten, schwur auf klägerschen Antrag nach Maßgabe des stadtamtlichen Erkenntnisses, d. d. 5. Juli 1834, den ihm zugeschobenen Editionseid aus, und wurde hierauf durch Stadtamtsbeschluß, d. d. 21. August 1834, von der verlangten Urkundenedition entbunden.

Da hiernach das oberhofgerichtliche Urtheil vom 29. März 1833 nicht zum Vollzuge gelangte, so erhoben nunmehr Seckel Levis Erben in Folge unterrichterlichen Decrets, d. d. 16. Oktober 1834, auf den Grund des Einganges allegirten Vertrages und des angeführten thatsächlichen Verhältnisses in Verbindung mit dem besagten Urtheile am 17. November 1834 eine weitere Klage gegen H. Hirsch (modo Höber genannt) gerichtet, auf Ausfolgung der Hälfte von der für fragliche Brod- und Fourage-Lieferung von großherzoglicher Kriegskasse durch den Beklagten bezogenen Summe ad 177,877 fl. 34 kr. nebst Zinsen vom 20. September 1814, insoweit derselbe nicht die etwa bereits geschehene Zahlung zu beweisen

Digitized by Google

vermögen, und auf deßfalls gepflogene Verhandlung erließ das Stadtamt Karlsruhe am 29. September 1836 einen auf Eide erkennenden Bescheid, wogegen der Beklagte anher appellirte, und die Kläger theilweise adhärirten. —

Als präjudiziell bot sich nach Aktenlage zunächst zur Erwägung und Entscheidung dar, die von dem Appellanten gegen die Zuständigkeit des unterrichteelichen Verfahrens aufgestellte Beschwerde, welche der Gerichtshof für rechtlich begründet erachtete und daher von weiteree Erörterung der Materialien Umgang nahm.

„I. Die Handelsrechtssätze 51 resp. 62 setzen kathegorisch gebietend fest: Jeder Streit zwischen Handelsgesellschaftern (deren Wittwen, Erben und Rechtsnachfolgern) in Gesellschaftsangelegenheiten muß durch Schiedsrichter entschieden werden."

Dieser Gesetzesvoeschreift unterliegt auch der vorwürfige Rechtsstreit, denn dee obeneewähnte Vertrag, d. d. 30. September 1812, involviet unverkennbar eine Verbindung des Seckel Levis und Hirsch zu einer Handesunternehmung und gehören derartige Verbindungen unter den Gattungsbegriff der Handelsgesellschaften, was sich aus der Aufschrift des deitten Titels des Handelsgesetzbuches, lautend:

„Von Handelsgesellschaften „Erstes Kapitel" — „von den veeschiedenen „Gattungen der „Gesellschaften,"

insbesondere aber aus den H. R. S. 47 und 50, besagend:

„Auffer den obigen Gattungen der Gesellschaften erkennt das Gesetz auch Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen."

„Auch sind solche Handelsverbindungen den Förmlichkeiten der übrigen Gesellschaften nicht unterwoefen; — nach grammatikalischer und logischee Auslegung unzweifelhaft ergibt, und zwar um so mehr, als der H. R. S. 51, das schiedsrichterliche Verfahren allgemein als Norm feststellt, ohne zwischen Steeitigkeiten unter Theilhabern an einer Handelsverbindung und unter andern Gesellschaftern zu unterscheiden, und der Grund und Zweck dieses Gesetzes, nämlich möglichst schleunige, von den Formen des zivilprozessualischen Verfahrens entbundene, mit technischer Sachkenntniß geleitete Streiteeledigung bei allen Arten der Handelsgesellschaften gleich sind, auch überdieß der Rechtsbegriff eines Gesellschaftsvertrags überhaupt als einer Vereinbarung zweier, oder mehrerer Personen, etwas zur Erzielung und Theilung des sich ergebenden Gewinnstes zusammen zu werfen, kein Bedenken zuläßt, daß der am 30. September 1812 zwischen Seckel Levis und Hirsch abgeschlossene und effektuirte Kontrakt ein Gesellschaftsverhältniß handelsrechtlicher Natur unter denselben begründete, weil dessen Gegenstand ein Handelsgeschäft betraf, und ist die Existenz dieses Gesellschaftsverhältnisses bereits durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 29. März 1833 rechtkräftig entschieden, resp. letzteres darauf basirt. (L. R. S. 1832, 1841, 1842, 1873 4 a H. R. S. 1. 1 b 18). —

Der appellatische Anwalt will zwar aus H. R. S. 50 das Gegentheil folgern, allein dadurch, daß hiernach solche Handelsverbindungen nicht den Förmlichkeiten der übrigen Gesellschaften unterworfen sind, ist die Entscheidung eines zwischen den Theilhabern an einer Handelsverbindung entstandenen Streites keineswegs den Schiedseichtern entzogen, denn jene Förmlichkeiten, deren L. R. S. 50 gedenkt, beziehe sich offenbar nicht auf das Verfahren bei Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten, und nicht auf die Art, diese zu schlichten, wovon das Handelsgesetzbuch in dem eigens hiefüe gewidmeten zweiten Kapitel Satz 51 bis 64 spricht, — sondern vielmehr nur auf die Konstituirung anderer Handelsgesellschaften, deren Firma Beweislichkeit, Kundmachung ꝛc. überhaupt auf die voeausgehenden desfallsigen Vorschriften, welche in den H. R. S. 19 — 46 für offene, vertraute und unbenannte Handelsgesellschaften in gewissen Beziehungen gegeben wurden, für Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen aber, obschon auch untee den Gattungsbegriff der Handelsgeschäfte fallend, nicht maßgebend seyn sollen.

Ebensowenig kann die, wenn gleich sonst achtbare Autorität Brauers, auf welche sich der appellatiche Anwalt berufen, den klaren Gesetzesbestimmungen mit Erfolge entgegen gehalten werden, zumal da letztere lediglich aus dem Code de commerce übertragen wurden und bei deren Uebersetzung sich nicht die Absicht einer Abweichung hievon offenbarte (L. R. S. 6 a und 6 b).

Uebrigens geräth Staatsrath Brauer, welcher in seinen Erläuterungen zu H. R. S. 51 — 63 (Bd. IV. S. 397, lit. f.) Streitigkeiten, welche Handelsverbindungen betreffen, von dem schiedsrichterlichen Verfahren ausschließt, einigermaßen mit sich selbst im Widerspruch, indem er zu H. R. S. 47 — 50 (Bd. IV. S. 394 — 395 a. a. O.) bemerkt, daß Handelsverbindungen im rechtlichen Sinne ebensogut eine Gesellschaft ausmachen, als die übrigen Handelsgesellschaften, und daß blos im kaufmännischen Sinne deren Bezeichnung anders laute, und daß dieselben von den bei den übrigen Handelsgesellschaften vorgeschriebenen Förmlichkeiten entbunden seien; — daß jedoch diesee Entledigung von den Erfordernissen der Handelsgesellschaften unerachtet die Handels-

Digitized by Google

verbindungen eine Handelsgesellschaft bleiben, folglich die darüber entstehenden Streitigkeiten Handelssachen seien, da diese Begriffe nach ihrem gesetzlich gezeichneten Umfange sie immer noch umfassen.

Ausgezeichnete Kommentatoren des französischen Handelsrechtes drücken sich auch mit voller Bestimmtheit darüber aus, daß Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen eine Art von Handelsgesellschaften bilden, und daß Streitigkeiten unter Theilhabern an solchen Handelsverbindungen (associations commerciales en participation), wie jene zwischen andern Handelsgesellschaften in Societätsangelegenheiten gesetzlich nothwendig durch Schiedsrichter zu schlichten sind. —

So bemerkt namentlich *Pardessus* Cours de droit commercial tom. sec. Nr. 1003.

„On distingue *quatre espèces de société commerciales:* la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme, l'association *en participation* (cf. Nr. 1044 bis 1047, a. a. O.);" —

sodann weiter Nr. 1409:

„Les *contestations*, qui s'élèvent entre associés *de quelqu' espèce que soit la société*, en nom collectif, en commandite ou ananonyme, ne fût elle qu'une *simple association en participation*, lorsque des tiers n'y sont pas parties, *doivent nécessairement être jugées par des arbitres*, qui sont substitués, pour ce premier degré de juridiction, aux tribunaux de commerce, et ont les mêmes pouvoirs. *C'est une juridiction forcée, que les parties n'ont pas droit de décliner, même lorsqu' elles en seraient d'accord.*"

(c. f. Nr. 1001 — 1003, 1352, 1370, a. a. O.)

Ebenso ist in Merlin's Répertorie u. et r. de Jurisprudence t. XXXI Sect. VI. pag. 312 bis 319, sub. voce „sosiété" die Frage:

Les contestations qui s'élèvent entre des associés en participation, sont-elles *comme les contestations entre associés ordinaires, soumisses à l'arbitrage forcé?* ausdrücklich bejaht. (c. f. Merlin a. a. O. tome II. sub. voce: „Arbitrage" Nr. XLVII.)

Hiermit stimmt auch überein *Despréaux* in seiner Abhandlung:

Compètence des tribunaux de commerce dans leurs rapports avec les tribunaux civils, insbesondere Nr. 120, 573, ff. —

(c. f. Code de commerce art. 47 — 51.)

II. Der weitere Einwand des appellatischen Anwalts darauf beruhend: das es sich jetzt nicht sowohl um Auseinandersetzung eines gesellschaftlichen Verhältnisses zwischen den Parteien, als vielmehr von dem Vollzuge des rechtskräftigen oberhofgerichtlichen Urtheils, d. d. 29. März 1833 resp. den Folgen und Wirkungen der von dem Beklagten unterlassenen Rechnungstellung handle, daß also deßhalb der Streit vor die Civilgerichte gehöre — ist ebenfalls nicht geeignet, das unterrichterliche Verfahren und Urtheil aufrecht zu erhalten. —

In der frühern Vorklagsache begehrte nämlich Seckel Levis speciell blos Rechnungstellung, wobei allerdings die rechtsgültige Existenz fraglicher Handelsverbindung, deren objektiver Umfang, Zeit, Dauer und Effektuirung, Gegenstand der civilgerichtlichen Verhandlungen und Entscheidung war; der nunmehr vorliegende Rechtsstreit aber betrifft die Geltendmachung bestimmter Forderungsansprüche in quali et quanto, betrifft die Theilung des gesellschaftlichen Gemeinguts, — die Ausfolgung des den Klägern hieran gebührenden Antheils. — Hierüber wurde in der Vorklagesache nicht entschieden, und können sich die Kläger hierauf in dieser Beziehung um so weniger stützen, als sie mit einem deßfallsigen Gesuche bereits durch unterrichterliche Verfügung vom 16. Oktober 1834 abgewiesen wurden, und sich hiebei beruhigten.

Beide Prozesse sind nicht identisch, und kann darauf, daß früher Staatsgerichte über die Existenz ꝛc und insbesondere über das Begehren um Rechnungstellung abur-theilten, mit konkludenter Nothwendigkeit nicht die Behauptung gebaut werden, daß auch jetzt, wo eine andere Klage vorliegt, die Staatsgerichte hierüber zu entscheiden haben, was sogar gegen §. 54 der Pr. Ord. verstoßen würde.

III. Ungegründet ist endlich die appellatischer Seits vorgeschützte Prorogation. Es ist zwar richtig, daß sich Beklagter in erster Instanz auf die Klage vor dem Stadtamte Karlsruhe eingelassen ohne die Einrede der Unzuständigkeit entgegen zu setzen, allein hierdurch wurde kein prorogirter Gerichtsstand rechtsgültig geschaffen. —

Die Prorogation übertragt ihrem prozeßualischen Begriffe nach keine Gerichtsbarkeit, sondern bewirkt nur die Befugniß, von der Gerichtsbarkeit, welche ein Gericht im Allgemeinen (objektiv) schon hat, im einzelnen Falle Gebrauch zu machen.

Da nun aber das Stadtamt Karlsruhe überhaupt keine Gerichtsbarkeit bei Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten hat, indem solche durch H. R. S. 51 den ordentlichen bürgerlichen Gerichten durchaus entzogen, und deren Entscheidung kraft gebietenden Gesetzes ausschließlich vor Schiedsrichter gewiesen ist, so konnte jene Civilgerichtsbehörde durch angebliche Prorogation keine Zustän-

Digitized by Google

digkeit erlangen, weil, wir bemerkt, die Prorogation nur die Erstreckung einer schon bestehenden Gerichtsbarkeit auf einen einzelnen Fall begründet, welche letztere nicht vorhanden war, und weil Verträge der Unterthanen oder Verzichte derselben keine Ausnahmen von solchen Staatsgesetzen herbeizuführen vermögen, welche im öffentlichen Interesse erlassen sind, welche die Handhabung der öffentlichen Ordnung zum Zweck haben. —

(L. R. S. 6 und 6 k. Zachariä Handbuch des franz. Civ. R. III. Aufl. Bd. I §. 33, 36, 37, Gönners Handbuch des gem. Prozesses II. Aufl. I Bd. §. 10. S. 247 und die oben angeführten französischen Schriftsteller.)

Hiernach blieb es dem Beklagten unbenommen, noch in zweiter Instanz das unterrichterliche Verfahren und Erkenntniß als nichtig anzufechten, ohne daß die Bestimmungen im §. 1221, Nr. 1 entgegenstünde, denn diese ist nur anwendbar, wenn eine gültige Prorogation statt fand, durch welche allein ein den gesetzlichen Gerichtsständen vorgehender Gerichtsstand begründet, und in Bezug auf welche die versäumte Ablehnung nicht mehr in der Appellationsinstanz nachgebracht werden kann, und hat der Richter selbst von Amtswegen sogar über seine Zuständigkeit zu erkennen. —

(Pr. Ord. §. 54, 252, 32, 39, Nr. 1.)

Unzweifelhaft lag es auch nicht in der Intention der Gesetzgebung bei Abfassung der neuen Prozeßordnung, den H. R. S. 51 aufzuheben, oder durch Prorogation aufheben zu lassen, was wohl durch eine ausdrückliche Bestimmung, wie auch in andern Fällen hätte geschehen müssen, da ein seinem Inhalte und Zwecke nach besonderes Gesetz durch ein allgemeines Gesetz nicht schon stillschweigend aufgehoben wird, und Privatverträge, — Einverständniß der Partheien ebensowenig, einem gesetzlichen Gebote derogiren können; sondern es geht das Gegentheil aus §. 187 und 213 der Pr. Ord. sichtlich hervor, wornach schiedsrichterliche Entscheidung in den Fällen statt findet, in welchen das Gesetz sie gebietet, oder in welchen die Partheien sie wählen, und wornach die deßfallsigen Verfügungen in der Pr. Ord. bei Streitigkeiten von Handelsgesellschaftern in Societätsangelegenheiten nur insoweit gelten, als sie mit den im Handelsrechte enthaltenen Bestimmungen nicht im Widerspruch stehen, und bemerkt hierzu von Weiler in den Motiven zum Entwurfe der Pr. Ord. ausdrücklich, daß die Bestimmungen des Handelsrechtes aufrecht erhalten werden müssen, weil solche an sich schon auf einer verschiedenen Grundlage beruhen, weil dort nämlich gesetzlich gebotene Kompromisse vorhanden sind, hier aber blos freiwillige. —

IV. Die Entscheidung des Kostenpunktes rechtfertigt sich durch §. 168 der Pr. Ord. und konnte Appellant, obschon er erst in zweiter Instanz die unterrichterliche Zuständigkeit bestritt, um deßwillen in keinen Kostentheil verfällt werden, weil Kläger die civilgerichtliche Procedur veranlaßten, und es Obliegenheit des Unterrichters war, auch ohne die deßfallsige Einrede des Beklagten abzuwarten, über seine Zuständigkeit zu erkennen, auch nach §. 1222 der P. O. nur derjenigen Parthei, welche in der Appellationsinstanz neue Thatsachen oder neue Beweismittel beibringt, welche in der frühern Instanz beizubringen gewesen wären, — was jedoch hier hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit des unterrichterlichen Verfahrens nicht der Fall ist, die Kosten der Appellationsinstanz ganz oder theilweise zur Last kommen.

Waidele.

III.

Zur Lehre vom Gerichtsstand.

So vollständig auch die Prozeßordnung die Lehre vom Gerichtsstande behandelt, so wird sich doch in dem folgenden Fall nicht wohl ein competentes Forum für den Kläger auffinden lassen, und man käme fast in Versuchung, auch diese Lehre der Prozeßordnung für unvollständig zu halten, wenn der Fall nicht ein so ungemein seltener wäre.

Der Apotheker Karl S. war in Hilburghausen geboren, hatte sich der Apothekerkunst gewidmet, und schon in frühen Jahren sein Vaterland verlassen. Er war von den Jahren 1820 — 29 in der Hofapotheke zu Donaueschingen angestellt, und bestand im Jahr 1831 das badische Apothekerexamen, worauf ihm die Licenz zur inländischen Praxis ertheilt wurde.

Im Jahr 1832 verließ er aber das badische Land und erhielt die Stelle eines Feldapothekers zu Jassy, welche er ungefähr ein Jahr lang bekleidete.

Er kehrte hierauf wieder in's Badische zurück, und war an verschiedenen Orten Provisor. Da er aber nirgends ein festes Auskommen fand, begab er sich im Jahr 1836 nach Würtemberg, und war bis zum Oktober 1836 Provisor in Langenburg. Da er auch mit dieser Stelle nicht zufrieden war, begab er sich wieder in das Badische, hielt sich in Heidelberg, Baden u. s. f. und zuletzt 8 Tage in der Stadt Karlsruhe auf. Schon bejahrt, ohne Aussicht und ohne weitere Subsistenzmittel, war ihm das Leben eine Last geworden, und er entleibte sich am 8. Dezember 1836 in dem Bezirk des Landamts Karlsruhe, welches auch die Untersuchung über diesen Selbstmord führte.

Der Entleibte hatte kein Vermögen außer wenigen Effekten, welche seinen kleinen Mantelsack nicht füllten, und die sich in einem Wirthshause zu Karlsruhe vorfanden, aber im Laufe der Untersuchung vom Landamt abgefordert wurden.

Um die Personalien des Verstorbenen zu erheben, hatte sich das Landamt mit dem Magistrat zu Hildburgshausen in Benehmen gesetzt, und aus dieser Veranlassung erkun-

Digitized by Google

digte sich ein Halbbruder des Verstorbenen nach dessen Nachlaß, that aber keine weitere Schritte, als er von dem Stand des Vermögens Kenntniß erhielt.

Dagegen meldeten sich nach und nach mehrere Gläubiger, unter Andern der Buchdrucker Sc. in Baden mit einer Forderung von 150 fl., wofür er seiner Angabe nach mehrere Fahrnißstücke im Versatz hat.

Das Landamt erklärte sich incompetent, und es wirft sich die Frage auf, vor welchem Gerichte dieser Kläger seinen Anspruch verfolgen kann?

Der Nachlaß des Verstorbenen ist gleichsam die Fortsetzung seiner Person. Der Repräsentant dieser Person ist entweder der Erbe (L. R. S. 721) oder der Erbpfleger (L. R. S. 811); einer von Beiden müßte der Gegner der Erbschaftsgläubiger seyn. Erbe hat sich jedoch keiner zur Erbschaft gemeldet, es mußte daher nach Umlauf der gesetzlichen Frist ein Erbpfleger ernannt werden (R. S. 811). Die Ernennung des Erbpflegers hätte vor dem Gerichte zu geschehn, in dessen Bezirk die Erbschaft eröffnet wurde (L. R. S. 812). Der Ort, wo das Erbe anfällt, wird aber durch den Wohnsitz bestimmt (L. R. S. 110), und da der Verstorbene keinen Wohnsitz hatte, so konnte auch kein Gericht einen Erbpfleger ernennen.

Zwar giebt der §. 17, Nr. 3 der Prozeßordnung den Erbschaftsgläubigern das Recht, ihre Klage bei dem Gericht anzubringen, bei welchem der Erblasser seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, und dieser Gerichtsstand ist, Falls kein Wohnsitz im Inlande da ist, für den Ausländer der Ort des Aufenthalts (§. 7, Prozeßordnung). Aber damit kommt der Kläger um nichts weiter, weil auch kein solcher vorhanden ist. Der Verstorbene hielt sich während der letzten 8 Tage in Karlsruhe auf, und hatte daher während jener Zeit dort sein allgemeines Forum. Aber, indem er den Entschluß faßte, seinem Leben ein Ende zu machen, und in dieser Absicht (welche die Absicht, nicht wieder zu kommen, involvirt) den Bezirk des Stadtamts verließ, gab er offenbar in diesem Augenblick seinen Aufenthalt in Karlsruhe auf. Im Bezirk des Landamts verweilte er aber nirgends, sondern erschoß sich in einem nahen Wald. Der Umstand, daß er die letzten Augenblicke seines Lebens im Bezirke des Landamts zubrachte, berechtigt noch nicht zur Annahme, daß er zuletzt an diesem Orte seinen Aufenthalt gehabt habe. Dazu wäre ein längeres Verweilen erforderlich, die Absicht, vorerst hier das Ziel der Reise zu finden. Nicht jede Stelle, wo gerade ein Reisender wandelt, bildet seinen Aufenthaltsort, wie der §. 45 der Prozeßordnung deutlich beweißt, indem er in Nr. 1 den allgemeinen Gerichtsstand des Aufenthalts gegen Ausländer begründet, und dennoch in Nr. 3 den Ort der Beretung (als davon verschieden) für persönliche Verbindlichkeiten als Forum zuläßt. Wenn aber der Verstorbene lebend im Landamtsbezirke keinen Aufenthaltsort hatte, so konnte ein solcher durch die Thatsache der Entleibung eben so wenig begründet werden. Mit dem letzten Athemzug hörte derselbe auf, eine Person zu seyn, seine Leiche kann juristisch nur als Sache betrachtet werden, und somit ihre Beerdigung in diesem Amtsbezirke auch keinen Aufenthaltsort begründen.

Wenn hiernach Kläger keinen allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten finden kann, so wird er ebenso wenig einen besondern begründen können. Der §. 19 der Prozeßordnung wird ihn nur dann berechtigen, beim Amt Baden seine Klage zu erheben, wenn im Darlehnvertrag dieser Ort als Wohnsitz errichtet worden wäre (L. R. S. 111).

Eben so wenig wäre der §. 21 der Prozeßordnung hier anwendbar. Zwar ist der Selbstmord eine unerlaubte Handlung. Dadurch wird der Staat, dem die Untersuchungskosten zur Last fallen (im Sinn des L. R. S. 1382), beschädigt, und für die Staatskasse wäre beim Landamt ein specielles Forum begründet. Die Darlehnsforderung des Klägers kann aber aus diesem Grunde gewiß nicht vor das Forum dieses Gerichts gezogen werden.

Der §. 45 N. 3 der Prozeßordnung, welcher für die im Inland zu erfüllenden persönlichen Verbindlichkeiten der Ausländer das Gericht für competent erklärt, in dessen Bezirk der zu Belangende angetroffen wird, ist begreiflicher Weise eben so unanwenddar, weil der Verstorbene als Person nicht mehr existirt, somit als solche nicht mehr betroffen werden kann.

Somit bliebe noch die einzige Frage übrig, ob wohl die Bedingungen zur Anlage eines Arrests vorhanden sind, und deßhalb vielleicht nach §. 23 der Prozeßordnung ein Forum des Arrests begründet werden könnte. Dazu wäre aber zunächst ein Arrestobjekt nöthig. Dieß könnten die zu Faustpfand gegebenen Stucke nicht seyn, weil sie bereits im ungestörten Besitz des Klägers sich befinden, der Beschlag könnte daher nur auf die beim Landamt befindlichen Objekte nachgesucht werden. Es würde aber dem Kläger unmöglich seyn, einen hinreichenden Arrestgrund aufzufinden. Von den Fällen des §. 676 der Prozeßordnung paßt keiner, man müßte denn die Entleibung als eine widerrechtliche Flucht in's große Jenseits betrachten. Nr. 6 des §. 676 der Prozeßordnung kann nicht zur Anwendung kommen, weil er nur als Sicherung die Arrestanlage erlauben würde, wenn der Verstorbene selbst bei diesem Gerichte belangt werden könnte, was aber hier, wie oben ausgeführt, nicht der Fall ist. Man wird schon aus dem Geist des §. 675 die Unzulässigkeit des Arrestes zugeben müssen, weil keine Gefahr vorhanden ist, daß der Eigenthümer der Effekten dieses Sicherungsmittel dem Kläger entziehn könnte, vielmehr der Arrest nur zur Begründung des Forums nachgesucht würde, was begreiflicher Weise an sich kein Arrestgrund seyn kann.

Es wirft sich daher die schwer zu lösende Frage auf, wo und wie hat der Buchdrucker Sc. seine Klage anzustellen?

Wilhelm Brauer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 3. | Karlsruhe den 19. Januar 1839.

I.

Wer hat bei Weigerung des Ehemanns der Ehefrau die Ermächtigung, vor Gericht zu stehen, zu ertheilen. Eine Erwiederung des Aufsatzes in Nr. 26 I des Jahrgangs 1838 der Annalen.

Daß die Ermächtigung einer Ehefrau durch den Richter, vor Gericht zu stehen, ein Ausfluß der Gerichtspolizeigewalt seie, glaube ich auch nicht, denn die Befugniß, seine Rechte gerichtlich zu verfolgen, ist schon nach allgemeinen Begriffen, und insbesondere nach §. 82 der P. O. nach den Gesetzen über die bürgerliche Rechtsfähigkeit zu beurtheilen, und diese Beurthilung hat nicht von der Gerichtspolizeigewalt, d. h. von der Dienstpolizeigewalt des Richters, auszugehen. Ohnedirs steht die Ermächtigung einer Ehefrau, vor Gericht zu stehen, mit ihrer Ermächtigung zu irgend einer Rechtshandlung auf der girichen Stufe, und man wird nicht behaupten wollen, daß die Ermächtigung einer Ehefrau zum Verkauf eines ehesteuerlichen Grundstücks Sache der Dienstpolizeigewalt des Richters srie.

Will man aber zur Entscheidung der Frage, untersuchen, ob die Ermächtigung der Ehefrau, vor Gericht zu stehen, zum Gebiete der Rechtspolizei gehöre, so wird man dabei zu keinem sichern und für Jeden nachweisbaren Ergebniß kommen, weil bekanntrdingen der Begriff der Rechtspolizei selbst ein äußerst unbestimmter, und in keiner Weise ein in feste und sichere Sätze zerlegbarer Begriff der Wissenschaft und des positiven Rechts ist. Der eine stellt diese, der andrer jene Merkmale der rechtspolizeilichen Sache auf, so daß man dem Einen zwar srine Merkmale bei der Frage der Ermächtigung der Ehefrau nachweisen kann, damit aber grade für den Andern den Beweis führt, daß diese Ermächtigung nicht zum Gebiete der Rechtspolizei gehört.

Lassen wir daher die Untersuchung über die Rechtspolizeilichkeit der Frage bei Seite, und erforschen wir vielmehr, was hier die Gebote der Natur der Sache — des vernünftigen Rechts — und die Vorschriften der positiven Gesetze sind, so werden wir einen sichern, unbestreitbaren Aufschluß erhalten.

Durch die Natur der Sache ist der Mann, als der Stärkere, zum Schutz des schwächern Weibs brstimmt, weßhalb wir auch überall eine durch die positive Gesetze mehr oder minder-ausgedehnte Gewalt des Ehemanns über die Ehefrau antreffen. Insbesondere hat der Mann die Ehefrau grgenüber Andern, also auch vor Grricht zu vertreten, so zwar, daß die Ehefrau ohne Zustimmung des Ehemanns nicht leicht irgendwo vor Gericht erschrinen, oder eine Rechtshandlung vornehmen kann, was denn unsre positivrs Gesetz in den L. R. S. 212 — 226 näher bestimmt und ordnet. Dirses Rechtsverhältniß führt aber nothwendig die Folge mit sich, daß die Ehefrau für sich allein betrachtet eine gegenüber dem Mann bestehende unvollkommene Rechtsfähigkrit vor Gericht zu stehen, und Rechtshandlungen vorzunehmen, besitzt. Es ist dieses ihr bürgerlicher Rechtsstand, und da nun alle über bürgerliche Rechtsfähigkrit, und den Rechtsstand einer Person entstehende Fragrn der Natur der Sache nach vor den bürgerlichen Richter, und nicht vor eine polizriliche Behörde grhören, so muß rs auch der bürgerliche Richtrr seyn, welcher die Frage über die Ertheilung der Ermächtigung einer Ehefrau, vor Gericht zu stehen, zu entscheiden, folgerweise sie selbst zu geben oder zu versagen hat. Es ist unrichtig, wenn man behauptet, der Richter habe nur streitige Civilrechtsfragen zu entschriden, und das Civilgeschetzbu habe nur den Zweck feste Bestimmungen für Mein und Dein zu geben. Alle Civilgesetzbücher ertheilen Bestimmungen über den persönlichen Rechts- und Familienstand der Personen, auch die Standesklagen, welche wenigstens nicht unmittelbar das Mein und Dein berühren, gehören vor den bürgerlichen Richter, und so gut es der Richter ist, welcher die zur Beendigung der Handelsganten geschlossrnen Vergliche zu bestätigen hat, eben so wohl wird er es der Natur der Sachr nach seyn müssen, der die Frage zu entscheiden hat, ob einrr Ehefrau zum Anfang eines bürgerlichen Rechtsstreites die Ermächtigung zu ertheilen srie. Dirse Ermächtigung ist in ihrem Gegenstand auf einen bürgrrlichrn Rechtsstreit gerichtet, sie ist in ihrer Nothwendigkeit aus der unvollkommenern bürgerlichen Rechts-

Digitized by Google

fähigkeit der Ehefrau entsprungen, und beides ist Sache der Beurtheilung und Entscheidung durch den bürgerlichen Richter.

Wenn man so viel Gewicht darauf legt, daß die Ermächtigung einer Ehefrau durch ihren Ehemann ein Ausfluß des ehevogteilichen Rechts des Ehemanns sei, daß solches Recht mit dem Pflegschaftsrecht überhaupt in Verbindung stehe, und daß also die Aufsicht darüber durch die Vermittlung der Obervormundschaftsbehörde geführt werden müsse, so kann man alles dieses zugeben. Aber daraus, daß der Staatsregierung in ihrem ganzem Umfang eine Einwirkung in Rechtsverhältnisse der Bürger irgend einer Art zusteht, folgt keineswegs, daß nunmehr diese Aufsicht durch diese oder jene öffentliche Staatsbehörde ausgeübt werden müsse. In dieser Frage befindet man sich im Gebiete der bestehenden Organisation der Staatsregierung, im Gebiete des positiven Rechts, und wenn man dafür sogar mit guten Gründen nachweisen könnte, daß die Staatsaufsicht von einer Verwaltungsbehörde ausgehen sollte, so schlägt dieser Beweis nicht dagegen durch, wo man aus der bestehenden Gesetzgebung darthun kann, daß die Aufsicht nicht von einer Verwaltungsbehörde, sondern von dem Richter geführt wird. Das Letztere ist aber unzweifelhaft der Fall.

Nach §. 1. 2 des II. Einführungsedikts wird das Landrecht unter den nachfolgenden Bestimmungen als allgemein verbindliches Civilgesetzbuch erklärt, und insbesondere wird im §. 2 des II. Einführungsedikts vorgeschrieben, daß es bei den Anordnungen des I. Einführungsedikts verbleibe, soweit solche nicht durch das II. Einführungsedikt und das Organisationsedikt vom 26. November 1809 modificirt sind. Im I. Einführungsedikt hatte man nun allerdings vor, auch für die besondern zur Anwendbarkeit des Gesetzbuchs nothwendig werdenden Anstalten Verfügung zu treffen. Zur Zeit des II. Einführungsedikts kam man davon zurück, man hat aber ebendeßhalb in seinen und den Bestimmungen des Organisationsedikts diejenigen Modifikationen des Landrechts getroffen, welche sich auf die Staatsanstalten beziehen, die zur Durchführung des Landrechts nöthig waren. Bei weitem die Mehrzahl der Bestimmungen des II. Einführungsedikts sind daher gerade darauf gerichtet, für die im Landrecht vorkommenden organischen Stellen, welche man nicht bei uns einführen wollte, jene schon bei uns bestehenden Staatsbehörden zu benennen, welche die im Landrecht vorkommenden Geschäfte zu besorgen haben, und da also für alle dergleichen Staatsanstalten und ihre landrechtlichen Geschäfte durch unsere besondere Gesetzgebung vollständige Vorsorge getroffen ist, so darf man da, wo man im Landrecht eine Staatsstelle mit einem ihr durch das Landrecht zugewiesenen Geschäft findet, und wofür man im II. Einführungsedikt, im Organisationsedikt vom Jahre 1809, oder in einem sonstigen besondern Gesetz nicht die Aufstellung einer andern Staatsstelle und die Zuweisung des betreffenden Geschäfts an sie nachweisen kann, keineswegs dahin interpretiren, daß unsere Gesetzgebung diese Staatsstellen und ihre Geschäfte übersehen und vergessen habe, sondern man muß nothwendigerweise diese Vorkommenheit dahin auslegen, daß es also bei den sub- und objektiven Bestimmungen des Landrechts sein Bewenden behält.

Hiervon ausgegangen, so schreibt der L. R. S. 218, 219 vor, daß die vom Ehemann der Ehefrau versagte Ermächtigung vom Richter ertheilt wird, nirgends, weder in den Einführungsedikten noch im Organisationsedikt vom Jahre 1809, noch sonst wo ist die Ertheilung dieser Ermächtigung einer andern Behörde überwiesen worden, weßhalb es dabei zu verbleiben hat, daß diese Ermächtigung vom Richter, und nicht von den Verwaltungsbehörden oder sogenannten rechtspolizeilichen Behörden zu ertheilen ist. Alle Beziehungen auf andere mehr oder minder ähnliche Rechtsvorkommenheiten, alle Analogien mit andern Geschäften anderer Behörden sind dadurch abgeschnitten, daß die Sätze 218, 219 die Ermächtigung der Ehefrau der Justizbehörde überwiesen, und daß diese Sätze nirgends eine Modifikation erhalten haben. Diese Beziehungen sind aber auch noch um so mehr beseitigt, als es nachgewiesen ist, daß die Ermächtigung der Ehefrau nach der Natur der Sache eine der Beurtheilung und Entscheidung des bürgerlichen Richters unterliegende Frage ist.

Sowie es aber eine nicht zu bestreitende Sache ist, daß die Ermächtigung einer Ehefrau vor den bürgerlichen Richter gehört, so folgt daraus nothwendigerweise, daß auch alle fernern daraus sich ableitenden Fragen vor dem bürgerlichen Richter bleiben, und wenn also gegen die Ertheilung oder Versagung einer Ermächtigung der Ehefrau durch den bürgerlichen Richter irgend eine Beschwerde erhoben wird, so muß sie an den obern bürgerlichen Richter gebracht werden, weil es nicht vorkommen kann, daß eine in erster Instanz als civilrechtlich zu behandelnde Sache, in zweiter Instanz eine der Verwaltungsbehörde unterstehende sogenannte rechtspolizeiliche Sache wird. Das bedarf keines Beweises.

Allerdings ist es nun richtig, daß unsere P. O. keine Bestimmungen über das Verfahren bei solchen Ermächtigungen besitzt, allein aus dieser Lücke kann nicht gefolgert werden, daß die Sache selbst nicht vor den Richter gehöre, sondern dieser muß eben selbst die Lücke nach allgemeinen Bestimmungen auszufüllen suchen, insoweit er nicht dafür besondere Bestimmungen besitzt, auf welche er sein Verfahren bauen kann. Dergleichen Bestimmungen geben aber gerade die L. R. S. 218, 219.

Digitized by Google

Für den Fall nämlich, wo der Ehemann der Ehefrau die Ermächtigung versagt, vor Gericht zu stehen, schreibt der S. 218 vor, daß der Richter die Ehefrau nach Umständen ermächtigen kann. Verschieden davon bestimmt aber der S. 219 für den Fall der versagten Ermächtigung der Ehefrau zu einer Rechtshandlung, daß die Ehefrau den Ehemann vor Gericht vorzufordern habe, und daß dieser zu vernehmen, wenigstens zur Vernehmung vorzuladen sei. Hiernach ist also bei der Ermächtigung einer Ehefrau, vor Gericht zu stehen, eine Einvernehmung des Manns nicht nöthig, sondern der Richter verfügt auf die Bitte der Ehefrau um Ermächtigung nach Lage der Umstände, und hier insbesondere nach Lage der Klage, welche die Ehefrau erheben will. Hat aber der Unterrichter nicht nöthig, den Ehemann einzuvernehmen, so hat es der Oberrichter in dem Fall auch nicht nöthig, wo der Unterrichter der Ehefrau die Ermächtigung versagt hat, sondern er wird auf die schriftlich eingereichte Beschwerde der Ehefrau nach erhobenem Bericht des Unterrichters seine Entschließung treffen, ohne die Ehefrau oder den Ehemann einzeln oder zusammen zu hören. Gerade weil es im Fall des S. 218 keiner Vorladung des Ehemanns bedarf, bedarf es auch keiner Verhandlung bei dem Oberrichter, alsdann ist die Sache aber auch nicht im Weg der Appellation oder der Beschwerdeführung des §. 1244 der P. O., sondern im Wege der querela simplex zu erledigen. Diese einfache Beschwerdeführung über Verfügungen des Unterrichters an den Oberrichter ist durch unsere P. O. nirgends aufgehoben, sie ist gerade bei Verfügungen des Unterrichters, welche die Anstellung, die Einbringung einer Klage hinsichtlich der der dazu nöthigen vorbereitenden Maßregeln betreffen, gar nicht selten, wie z. B. wenn der Unterrichter einem Kläger das Armenrecht verweigert, und dieser sich bei dem Oberrichter beschwert, so wird diese Beschwerde ebenfalls nicht im Wege der Appellation erledigt, und so wird, wegen Mangels besonderer Vorschriften über die Ermächtigung einer Ehefrau, vor Gericht zu stehen, bis zur Ertheilung solcher besonderer Vorschriften diese Sache im Wege einfacher Beschwerde und darauf zu treffender Verfügung zu erledigen seyn.

Anders verhält es sich dagegen bei der Ermächtigung einer Ehefrau zu einer Rechtshandlung. Hier schreibt der S. 219 die Einvernehmung des Ehemanns vor Gericht vor, und nachdem also die Ehefrau ihre Bitte um Ermächtigung nebst deren Begründung schriftlich oder mündlich zu Protokoll eingebracht hat, so ist der Ehemann vorzuladen, und nach Anhörung seiner Weigerungsgründe oder nach Ausbleiben hat alsdann der Unterrichter ohne weitere Verhandlung die Ermächtigung zu ertheilen oder zu versagen. So will es der S. 219.

Wenn aber für ein Verfahren vor dem Unterrichter bestimmte Vorschriften bestehen, so sind solche, soweit sie nicht vom Gesetz anders geordnet werden, auch vor dem Oberrichter zu befolgen, weil es ein allgemeiner Grundsatz alles Verfahrens vor dem Oberrichter ist, daß durch Ueberbringung einer Sache an den Oberrichter sie selbst in den Stand der ersten Anbringung gesetzt wird. Der Oberrichter hat daher auf Einkommen der schriftlichen Beschwerde der Ehefrau, nach Erhebung der unterrichterlichen Akten, und des Berichts des Unterrichters den Ehemann vorzuladen, und alsdann nach dessen Einvernahme oder Ausbleiben die Ermächtigung zu ertheilen oder zu versagen. So will es der S. 219, und andere Vorschriften sind nirgends ertheilt. Haben jedoch die Parthien freiwillig den Weg der Appellation gewählt, so wird man allerdings aus der P. O. keinen gesetzlichen Grund ihrer Unstatthaftigkeit nachweisen können, und da sie ihrem Wesen nach mit dem Verfahren des S. 219 zusammentrifft, so mag man auch annehmen können, daß auf diesem Weg die Sache zu erledigen ist. Richtig wird es aber bleiben, daß auch der Einleitung auf den Weg des S. 219 nichts Gesetzliches im Wege steht.

Ob aber auch bei der vom Unterrichter der Ehefrau ertheilten Ermächtigung dem Ehemann eine Beschwerde an den Oberrichter zusteht, wird sich gleichfalls nach der Unterscheidung der Fälle des S. 218, 219 beantworten lassen.

Nach S. 218 ist für den Fall der Ertheilung der Ermächtigung einer Ehefrau, vor Gericht zu stehen, der Ehemann nicht vorzuladen. Er ist also nicht Parthie in der Sache, und kann folgeweise gegen die ertheilte Ermächtigung an seine Ehefrau keine Beschwerde an den Oberrichter erheben.

Im Fall einer Ermächtigung einer Ehefrau zu einer Rechtshandlung muß aber der Ehemann nach S. 219 vorgeladen werden. Er ist also Gegenparthie, und kann deßhalb gegen die unter seinem Widerspruch ertheilte Ermächtigung seiner Ehefrau Beschwerde an den Oberrichter erheben.

Nach allem diesem ist wohl das Eine nicht zu bezweifeln, daß die Ehefrau vor dem Richter ihre Ermächtigung zu suchen hat, und daß die Ertheilung dieser Ermächtigung eine Sache der Gerichte ist. Welchen Weg sie dabei zu befolgen haben, ist allerdings zweifelhaft, doch kann dieses nach L. R. S. 4 kein Grund seyn, die Ermächtigung von der Hand zu weisen, sondern die Gerichte haben nach bestem Ermessen ihren Weg sich selbst zu bahnen, da wir außer den S. 218, 219 darüber keine gesetzliche Bestimmungen besitzen. Man kann über diesen Weg auch noch den Aufsatz in den Annalen 1833 Nr. 64 I vergleichen.

Sander.

Digitized by Google

II.

Obergerichtärztliches Gutachten wegen Tödtung.

Das Physikat . . . beschreibt uns in dem Schau und Fundschein vom 17. Januar v. J. an dem Tags zuvor durch Prügelschläge auf den Kopf verletzten, 37 Jahre alten lebenskräftigen . . . auf der rechten obern Stirne eine hühnereigroße schwappend zu befühlende Geschwulst und auf der linken vordern Seitenwandbeingegend zwei einzelne die Schädelbeinhaut etwa 1″ lang entblößende Wunden.

Sogleich nach erlittener Mißhandlung hatte der Verletzte Schwindel empfunden, zu welchem sich alsbald ein anhaltender Brechreiz, Kopfschmerz, eigenthümliches Dehnen und Zittern in den Gliedern gesellten, ohne Fieber ist jedoch der Blutstoß ungeregelt und unterdrückt; das Physikat vermuthete später dem Gefühle nach unter der Stirnbeule einen Knocheneindruck, weswegen unter solchen bedenklichen Verhältnissen die gerichtliche Besichtigung am 20. nachgeholt wird. Die anfangs angeordneten kalten Kopfumschläge, die allgemeine kühlende Methode, ein Wohlverleiabsud mit Salpeter werden fortgebraucht, am 22. Zunahme der Kopfschmerzen, Zuckungen in den Waden, fieberhafter Blutstoß, am 24. ist die Stirnbeule noch mehr gefüllt, am 25. wird sie eingeschnitten, sie entleert viel Blut, worauf fühlbare Erleichterung im Kopf eintritt; die Wunden ergießen reichlichen Eiter. In den ersten Tagen des Februar kann der Verletzte abwechselnd außer Bette seyn, doch klagt er immer über eingenommenen Kopf, Schwindel und Zuckungen in den Waden, die jetzt mit geistigen Flüßigkeiten eingerieben werden; schwammige Auswüchse aus der Stirnwunde werden mit Höllenstein niedergehalten. Am 17. Februar fährt der Verletzte auf einen benachbarten Fruchtmarkt, am 19. erscheint er bei Amt und dem Physikat, ohne besondere Beschwerden zu klagen, doch ist die Stirnwunde immer noch mit wuchernden Fleischwärzchen besetzt, deren vollständige Heilung durch tägliches Betupfen endlich den 26. Februar gelingt. Unter fortdauerndem Unwohlsein am 2. März Klagen über heftigere Kopfschmerzen insbesondere an der Stirne, über Brustbeschwerden mit Husten und ängstlichen Zustand, — deswegen Blutegel an die Stirne und kühlend schweißtreibende Arznei, am 4. März Wiederholung der örtlichen Blutung, Tags darauf Besserung, fieberfreier Zustand, Kopf- und Brustbeschwerden anscheinend verschwunden. Obgleich immerfort kränklich und an Kopfschmerzen leidend geht der Verletzte am 9. März nach einem mehrere Stunden entfernten Ort, kommt mit heftigem Kopfschmerz zurück, erholt sich wieder ohne Arzneigebrauch, am 12. März öfters reichliches Gallenerbrechen, worauf in der folgenden Nacht unvermuthet der Tod eintritt.

Der gerichtliche Leichneinschnitt zeigt unter der vernarbten Stirnwunde den Schädelknochen nach außen rauh, die Blutleiter und die Gefäße der innern Hirnhäute strotzend mit Blut erfüllt, in der Gegend, wo sich nach außen die Pfeilnaht mit der Kranznaht verbindet, ist die dura menina mit der pia verwachsen, beide Häute sind hier verdickt und mit Gefäßentwickelung reichlich umgeben, in der vordern linken mit seröser Flüßigkeit erfüllten Hirnhöhle sind die Blutgefäße angeschwollen, an dem mittlern linken Lappen des kleinen Gehirns läßt sich eine Erweichung und Verminderung der Hirnbestandtheile erkennen, so daß an dieser Stelle das Hirn aufgesaugt und zerflossen erscheint, auf der Schädelgrundfläche sind etwa 3 Loth Blutwasser; in der geöffneten Brusthöhle enthalten die Pleurasäcke etwas Flüssigkeit, der Herzbeutel ist jedoch von etwa 10 Loth Wasser ausgedehnt, im eingeschnittenen Unterleib bleibt nur zu bemerken, daß die Leberblase leer von Galle ist.

Das Physikat vergißt in dem Endgutachten vom 27. März jede gerichtliche Bestimmung dieser tödtlich gewordenen Verletzung, sondern schließt nur mit folgenden Worten: „Vulnerat starb demnach an Apoplexia seroso sanguinea, welche als Folge der Kopfverletzungen besonders der Stirnbeule bei mitunter üblem Verhalten entstanden, dann aber später durch das Erbrechen, welches bei Kopfleiden häufig vorkommt, durch Andrang des Bluts gegen den Kopf und Ueberfüllung der Hirnblutgefäße, durch blutigen Schlagfluß, der dann den plötzlichen Tod zur Folge hatte.“ —

In eigener Begutachtung soll die vorliegende Kopfverletzung vorerst in pathologischer und therapeutischer Hinsicht unsere Aufmerksamkeit und Nachdenken beschäftigen. Die gebrauchten Schlagwerkzeuge, welche nicht zu Gerichthanden kamen, müssen von dicker und schwerer Beschaffenheit gewesen seyn, da sie einestheils bis auf die Schädelbeinhaut eindringende Quetschwunden und eine umfangreiche hohe Stirnbeule hervorbrachten, da sie anderntheils als unmittelbare innere Folge eine Hirnerschütterung zu Stande brachten, welche in Anbetracht ihrer nächsten Erfolge, des Schwindels und des anhaltenden Brechreizes, und ihrer spätern tödtlich gewordenen Erfolge gewiß um so eindringender und heftiger war, weil das erschütterte feste Schädelgewölbe selbst nicht einriß, sondern die fortgesetzten Dröhnungen nach allen Seiten und insbesondere von den am meisten erschütterten Stirnbein nach rückwärts durch das freigelagerte Gehirn forterstreckte. Durch diese erlittene Erschütterung des Gehirns wurden die Blutgefäße in demselben geschwächt und erschlafft, daß sie in ihren ausgedehnten Wandungen dem vermehrten Blut den Aufenthalt gestatteten, ein chronisch entzündlicher Reizzustand durch anhaltende Kopfschmerzen, ungeregelten Blutstoß, häufigen Brechreiz und Schwindel dem Arzte sicher beurkundet — ergriff die Gefäßnetze der Meninigen, verdickte und verklebte die den äußern Quet-

Digitized by Google

ſchungen und Schlagwunden zunächſt liegenden innern Häute, Blutwaſſer ergoß ſich in nachfolgender Ausſchwitzung aus den gezerrten entzündeten Gefäßwandungen und lähmte in ſchädlichem Hirndruck ſich mehrend die nach andern Theilen des Körpers aus der erleuchteten Werkſtätte des Gehirns ausſtrahlenden Nerven, ſo daß auch in der Bruſthöhle Waſſeranſammlungen ſich bildeten, — das kleine Gehirn endlich, der Sitz und Urſprung der bewegenden Kräfte, gab dem denkenden Arzt ſein örtliches Leiden zu erkennen in dem andauernden Zittern durch den Körper in den Zuckungen der Waden, auch hier beſtätigt ſich die nicht ſeltene Beobachtung nach tödtlich gewordenen Hirnerſchütterungen, daß einzelne Stellen des Gehirns im Umfang vermindert eeweicht und anſcheinend verzehrt ſind, welches örtliche Leiden einen Theil des kleinen Gehirns befallen hatte, weil dieſes in vorliegender Prügelſchlagkopfverletzung durch den vom Stirnbein nach dem Hinterhauptbein anprallenden Gegenſtoß am meiſten beſchädigt und erſchüttert wurde — genug der krankhaften Zeichen im lebenden und todten Körper, um den nach 55 Tagen erfolgten tödtlichen Ausgang pathologiſch zu begründen und hinlänglich zu erklären.

Was that aber der Phyſikus im Heilzweck, um das unglückliche Ende abzuwenden? Das Diarium ſchließt er mit dem allerdings gültigen Ausſpruch; „dieſer Fall mag wiederholt ein Beweis ſeyn, wie vorſichtig der gerichtliche Arzt bei Kopfverletzungen ſich zu benehmen hat" — allein als behandelnder Arzt hat er keine Vorſicht bewieſen. Wie — einem ſolchen lebenskräftigen auf den Kopf geprügelten Menſchen, der von Anfang an und Wochen lang unausgeſetzt über Schwindel, Brechreiz, Zittern und Zuckungen in den Gliedern, über andauernden und theilweiſe heftigen Kopfſcherz klagt, ſollte man außer einer ſchwachen kühlenden Methode nur Arnica, den gewöhnlichen Schlendrian der Aerzte bei Quetſchungen verordnen? Dieſes Mittel war als reizend anfänglich jedenfalls ſchädlich, — erſt ſpäter, wann der nothwendig erfolgende Gefäßreiz gemindert war, dann wohl war es am Platz. Warum aber nicht ſogleich oder in den erſten Tagen einen tüchtigen Aderneinſchnitt unternehmen? Warum nach Befund der Umſtände die Blutläße nicht mehrmal wiederholen? Warum auf den Darmkanal nicht ausleerend wirken? Warum denn das verſüßte Queckſilber, dieſes herrliche ableitende, auffangende, entzündungswidrige Mittel nicht anwenden? Das Unterlaſſen dieſer hier ſtreng und unbedingt nothwendigen Heilmittel iſt mir nahehin unbegreiflich. Wären dieſe Anordnungen in angezeigter Stärke geſchehen, dann dürften wir mit hoher Wahrſcheinlichkeit der Hoffnung Raum geben, daß die drohende Entzündung der Gehirnhäute und des kleinen Gehirns würde abgewendet worden ſeyn, daß die Waſſerergießungen nicht zu Stande gekommen und überhaupt Heilung und Lebenerrettung möglich geweſen wären. Die anſcheinende oder wirkliche Schwäche des Verletzten, wie im Allgemeinen jedes Kranken, dürfte den Arzt nicht abhalten, ſchwächend auf ihn einzuwirken. Erſt am 2. und 4. März wurden Blutegel an die Stirne geſetzt, — damals aber war die Hirnentzündung chroniſch in ihren Erfolgen ſchon ausgebildet, und jedenfalls war dieſe örtliche geringfügige Blutentziehung nicht mehr hinlänglich, allzuſchwach, um das im Gehirn jetzt feſthaftende allgemein verbreitete Leiden zu beſeitigen Freilich nach dem Tod, insbeſondere nach geſchehenem Leichenein ſchnitt iſt es immer leichter, das gebrauchte Heilverfahren zu tadeln, die begangenen Fehler aufzudecken — allein es gibt denn doch viele Krankheitsfälle, in denen der wiſſenſchaftlich gebildete Arzt, die ächte Kunſt über die anzuwendende Behandlung nie im Zweifel ſeyn wird, und ein ſolcher Fall war der gegenwärtige.

Was that der Amtswundarzt? Obgleich die Stirnbeule anfänglich ſchon Hühnereigroß war, obgleich er im täuſchenden Gefühl unter dieſer auf Druck ſich in der Mitte vertiefenden und ſeitwärts feſten Blutgeſchwulſt einen Eindruck des Schädels oder ſogar einen Knochenbruch vermuthete, ſo ſchnitt er dennoch erſt am 3. Tag dieſe ſchwappende angefüllte Stirnbeule auf! — wäre dieſe örtliche Blutentleerung früher geſchehen, wäre dieſe äußere Spannung kunſtgerecht früher gehoben worden, ſo hätte dieſer langdauernde Reiz nicht ſo ſehr nachtheilig auf das nahe Gehirn einwirken können, die umliegenden weichen Theile wären vom fauligen Blut nicht ſo ſehr zerſetzt und geſchwächt worden, daß ſie zu ſpät eröffnet, dann wucherten und den untenliegenden Knochen rauh zurückließen. — Die drei Entfernungen des Verletzten können kaum als eine Schädlichkeit in Betracht kommen, weil das Phyſikat den vor und nach dieſen Reiſen andauernd beſtehenden innern Krankheitszuſtand des Gehirns überſehend nie dagegen mit den geeigneten Mitteln heilkräftig einwirkte.

In gerichtlicher Hinſicht bietet dieſe Hirnerſchütterung, welche durch die unausgeſetzte Folge der auf das Gehirn ſich beziehenden Krankheitszeichen und durch den Leichenbefund ſich als gefährlich geweſen darſtellt, zureichenden Grund dar, in ihr die wirkende Urſache des Todes enthalten zu finden. Da jedoch bei ähnlichen Hirnerſchütterungen das Leben glücklich erhalten wurde, da äußere ungünſtige Umſtände zu dem unglücklichen Ausgang mitgewirkt haben, ſo war der Tod nicht ihre nothwendige Folge, die zugefügte gerichtlich tödtlich erklärte Verletzung iſt daher eine bedingt und nicht nothwendig tödtliche. Iſt nun damit der angethane Thatbeſtand des begangenen Verbrechens als einer Tödtung erwieſen, ſo fühle ich mich denn doch verpflichtet, wenn auch der thäteriſche Thatbeſtand gegen die beiden Angeſchuldigten nach Lage der Akten erwieſen werden kann, die äußerſt mangelhaft geleiſtete, den derzeit an die Wiſſenſchaft geſchehenden Anforderungen nicht ent-

Digitized by Google

sprechende Kunsthilfe, als einen gewichtigen sehr gültigen Milderungsgrund bei Bemessung der Strafe aufzustellen.

Der Medicinalreferent,
Sander, Dr.

Findet eine Besitzklage statt wegen Störung in Ausübung eines Jagdrechtes, das einem Grundherrn zustand und das von diesem durch Erbrecht erworben zu haben ein Nichtgrundherr behauptet?

Diese Frage wurde in dem folgenden Rechtsstreite, der aus verschiedenen Gründen von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises und dem Oberhofgerichte gleichlautend abgeurtheilt wurde, verschieden beantwortet.

Der Professor A. L. G. in W hat für sich und seinen Sohn in einer an das Hofgericht des Unterrheinkreises eingereichten Klage, ihn in dem Besitz eines 1/8 Antheils an der Koppeljagd auf W. —r Gemarkung zu schützen, und dem Großh. Fiscus jede fernere Störung zu untersagen. Zur Begründung der Klage wurde angeführt:

Die Freifrau v. W., die im Jahre 1823 verstorben sei, habe 1/8 der kleinen Koppeljagdgerechtigkeit auf W.r Gemarkung, die sie von ihrem Vater ererbt habe, besessen. Nach ihrem Tode sei die Jagd an ihren Sohn M. v. W. und bei dessen am 17. Juni 1835 erfolgten Tod an dessen einzigen Erben den minderjährigen Sohn des Klägers und seiner † Schwester des M. v. W. gekommen. Im August 1835 habe der jetzige Inhaber die Jagd verpachtet, und der Pächter habe die Jagd ausgeübt, bis unterm 30. August 1836 die Jagdinspektion in L. aus Auftrag der Großh. Direktion der Forstdomänen den Jagdantheil des Klägers geschlossen habe.

Auf gepflogene Verhandlungen erkannte das Hofgericht unterm 7. Februar 1838.

„daß der Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit der erhobenen Besitzklage abzuweisen sei,"

aus folgenden

Gründen:

„Die Klage geht auf Schutz im Besitz der Ausübung eines 1/8 der kleinen Koppeljagdgerechtigkeit auf der W.r Gemarkung, welche Ausübung der Beklagte Fiskus untersagt oder gestört habe."

„In der Klage wird behauptet, und die Beweise sind darüber angetreten, daß der Kläger schon über ein Jahr im Besitz der Ausübung der fraglichen Jagd sei, daß die Störung noch innerhalb eines Jahres vor angestellter Klage erfolgte, und zwar durch den Beklagten."

„Der Titel zur Ausübung der Jagd ist endlich auf Erbrecht gegründet, wodurch auf den Kläger das Jagdrecht übergegangen sei."

„Insofern ist die Klage nach den Vorschriften der Prozeßordnung §. 750 zulässig."

„Die von Seiten des Fiskus als prozeßhindernd vorgeschützte Einrede der mangelnden gerichtlichen Zuständigkeit, weil hier ein Regal in Frage stehe, ist unbegründet. Denn die Jagdnutzung oder das Jagdrecht gehört nach dem IV. Constitutionsedikt von 1807 §. 18 zu den zweideutigen Herrlichkeiten oder Regalien, und nach dem Grund und Standesherrlichkeitsedikte vom Jahre 1819 §. 35 und 38 zu den Gefällen und Einkünften gleich den Zehnten, Frohnden u. s. w., also in das Gebiet des Privatrechts, folglich nach §. 4 der Prozeßordnung vor die Gerichte."

„Abgesehen von diesen Gesetzen werden die Jagdnutzungen jedenfalls zu den verleihbaren Regalien und deßhalb zu den Privatberechtigungen gezählt.

Klüber öffentl. Recht. Ausg. von 1831. §. 192, 453, 455."

„Daß wegen einer solchen Jagdnutzung auch eine Besitzklage zur Erhaltung eines gestörten Besitzes angestellt werden kann, dieß leidet keinen Zweifel, weil das Jagdrecht als eine auf einem gewissen Distrikte durch Erlegung des Wildes zu beziehende Nutzung, als ein Recht, das an eine Liegenschaft gebunden ist, wie das Zehndrecht zu den dem Gegenstande nach unbeweglichen Sachen gehört. L. R. S. 526 n, wegen Erhaltung des ungestörten Besitzes, bei unbeweglichen Sachen aber nach §. 743 der Prozeßordnung die Besitzklage gestattet ist."

„Damit fällt auch die weitere Einrede des Beklagten, daß die Ansprüche auf Jagdrecht nicht im Besitzprozeß verfolgt werden könnten."

„Erheblich ist dagegen der von dem Beklagten eingelegte Widerspruch über die Legitimation des Klägers zur Sache; denn dem Kläger steht zur Erhebung der Besitzklage kein Recht zu."

„Als Titel des Besitzes wird nämlich vom Kläger das Erbrecht angeführt. Allein um das Jagdrecht ausüben zu können, genügt diese Erwerbart nicht. Denn nach dem VII. Organisationsedikte von 1803 §. 23 in Verbindung mit dem III und IV. Constitutionsedikte von 1807 hat sich der Fiskus des Jagdrechtes nur zu Gunsten der Standes- und Grundherrn und der Städte begeben, rücksichtlich der letztern mit der Bedingung, das Jagdrecht durch besondere Jäger ausüben zu lassen; rücksichtlich aller übrigen Unterthanen hat sich der Fiskus das Jagdnutzungsrecht vorbehalten. Das VII. Organisationedikt handelt zwar nur von den darin genannten „ehemaligen Reichsstädten." Allein die Verordnung vom 15. Juni 1807 dehnt die Bestimmung des §. 23 des VII. Organisationsedikts auf das ganze Land aus, und diese besondern gesetzlichen Bestim-

Digitized by Google

mungen sind durch das spätere Landrecht nicht aufgehoben, sie haben vielmehr durch L. R. S. 715 ihre Bestätigung erhalten.

Brauer. Erläuterungen II. Bd. S. 12 zu Satz 715.

Das Jagdrecht steht daher nur den genannten 3 Gattungen von Personen zu. Nun gehört aber der Kläger zu keiner von denselben, das Jagdrecht konnte also auch auf ihn nicht übertragen werden, weder durch Erbrecht noch durch einen anderen privatrechtlichen Titel. Daß solche, dem grundherrlichen Adel zustehenden, Jagdrechte nicht an andere Personen übertragen werden können, ist auch anerkannter Grundsatz.

Mittermaier, deutsches Privatrecht (Ausg. von 1837.) §. 215.

Runde, deutsches Privatrecht §. 153.

Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts, nach Runde zu §. 153.

Brauer, a. a. O., S. 14 lit. i."

Der Kläger ergriff gegen das hofgerichtliche Erkenntniß die Appellation an das Oberhofgericht. Es erfolgte jedoch am 20. November 1838 ein bestätigendes Urtheil mit folgenden

Entscheidungsgründen:

„Ueber Natur und Umfang des Jagdrechtes gibt unser L. R. keine Bestimmung, sondern es verweist deßfalls in Art. 715 auf besondere Gesetze."

„Als diese besondere Gesetze werden angesehen:

1) der §. 23 des VII. Organisationsedikts von 1803, welches sich mit Feststellung des Rechtsstandes der mediatisirten Reichsstädte befaßt, und wegen des Jagdrechtes bestimmt, daß solches nur hinsichtlich der Oberaufsicht an die Staatsregierung gezogen, hinsichtlich des Ertrags und der Benutzung aber den Städten mit der Beschränkung belassen werde, daß die Jagd nicht als Freipürsch, sondern nur durch angestellte Jäger exercirt werden dürfe,

2) Verordnung vom 15. Juni 1807, welche die freie Pürsch im ganzen Lande aufhebt und Jedermann, der nicht vermöge seines Dienstes oder vermöge besonderer Concessionen oder auf eine andere Art dazu berechtigt ist, das Jagen bei Strafe verbietet,

3) das Standesherrlichkeitsedikt von 1807, welches in §. 46 unter den den Standesherrn verbleibenden Rechten lit. i, die Jagd und Fischerei aufzählt,

4) das Grundherrlichkeitsedikt von 1807, welches in §. 18 unter den zweideutigen Rechten der Grundherrn, d. h. solchen, die zu den höhern wie zu den niedern Regalien gezählt werden können, nach dem Patrimonialrecht, Zehntrecht, Zoll- und Abzugsrecht die Jagd mit dem Bemerken anführt, daß sie den Grundherrn in und außer ihren Grundherrschaften belassen werde, wo sie dermalen im rechtmäßigen Besitz seien,

5) das Grund- und Standesherrlichkeitsedikt von 1819, welches im Wesentlichen das nämliche besagt.

„Wenn nun aus diesen Gesetzen unläugbar hervorgeht, daß die nach gemeinem deutschen Recht bestrittene Regalität des Jagdrechts für Baden nicht bezweifelt werden kann, so ergibt sich auch mit eben so vieler Gewißheit, daß unsere Partikulargesetzgebung die Jagd zu den verleihbaren Regalien zählt, wie solches ohnehin bei allen deutschen Bundesstaaten jetzt die Regel bildet.

Klüber, öffentl. Recht, §. 453."

„Zweifelhaft mag nur seyn, ob diese Verleihbarkeit eine unbedingte oder eine an die Bedingung gewisser persönlicher Eigenschaften geknüpfte sei? Für letzteres entschied sich Brauer ad. art. 715. Aus dem Grunde, weil im VII. Organisationsedikt von 1803 nur von Städten und in den beiden Constitutionsedikten nur von Standes- und Grundherrn als Jagdberechtigten die Rede ist, nahm er an, daß nur für diese drei Gattungen von Personen die Verleihbarkeit des Jagdrechts statt habe. Allein offenbar ist keine dieser drei Verordnungen zu dem Zweck gegeben, über die Verleihbarkeit der Regalien im Allgemeinen oder des Jagdregals insbesondere etwas zu bestimmen. Der Zweck war vielmehr, den Rechtsstand der genannten drei Gattungen von Personen, wegen ihres Uebertritts aus der Reichsmittelbarkeit, unter die Landeshoheit zu normiren, und festzustellen, ob und wie weit ihnen die Rechte und Privilegien jeder Art, welche sie bis daher genossen hatten, bleiben sollen."

„Daraus, daß in diesen Verordnungen nur von einer Ueberlassung der gedachten Rechte und der Jagd insbesondere an diese drei Gattungen von Personen die Rede ist, kann also offenbar nicht darauf geschlossen werden, daß der Gesetzgeber solche Rechte nur für an sie verleihbar ansah oder erklären wollte, vielmehr konnte nur von diesen Personen als Berechtigten die Sprache seyn, weil das Gesetz nur diese Personen und ihre Rechte, keineswegs aber die Jagdgerechtigkeit oder die Regalien im Allgemeinen zum Gegenstand hatte."

„Die Verordnung vom 15. Juni 1807 wäre zwar eher geeignet, über die Frage Aufschluß zu geben, denn sie befaßt sich mit der Jagd überhaupt und ausschließend; allein auch ihr Zweck ist nicht, die Verleihbarkeit des Jagdregals zu bestimmen, sondern er geht nur dahin, jedem Unberechtigten das Jagen polizeilich zu verbieten, wer aber berechtigt sei, das läßt sie im Allgemeinen unentschieden, und gibt nur nebenher zu erkennen, daß diese Berechtigung bald auf einem Dienstvertrag, bald auf einer besonderen Concession, bald auf andern Gründen beruhen könne, was eben so gut auf eine unbeschränkte als auf eine beschränkte Verleihbarkeit schließen läßt."

Digitized by Google

„Wenn nun aber, wie gezeigt, keine Stelle unseres Particularrechts eine beschränkte Verleihbarkeit des Jagdregals ausspricht, so folgt von selbst und besonders mit Rücksicht auf die Natur des Rechts die Unbeschränktheit der Staatsgewalt in Verleihung des Jagdrechts, und eben hieraus folgt weiter, daß da, wo ein besonderer Verleihungstitel nicht ausdrücklich Beschränkungen beifügt, die Unbeschränktheit anzunehmen sei."

„Zieht man dabei in Betrachtung, daß nach gemeinem deutschen Staats- und Privatrechte wohl die Jagdhoheit nicht aber das Jagdrecht ein Regal war,

Mittermaier, deutsches Privatrecht. Ausg. von 1837. §. 215.

Klüber, a. a. O.,

daß somit die Jagdberechtigung sowohl auf eigenem Grund und Boden als auf dem Eigenthum Anderer Gegenstand des privatrechtlichen Erwerbs und Besitzes unstreitig seyn konnte, und daß unsere Particulargesetzgebung nirgends auch nur entfernt die Absicht ausdrückt, solche Privatrechte, da wo sie durch rechtsgültige Titel geschützt sind, rückwirkend aufzuheben; zieht man ferner in Erwägung, daß nach dem ältern und neuern Staatsrechte auch da, wo man die Regalität des Jagdrechts annimmt, eine Verleihung im Zweifel unwiderruflich und privative Berechtigung ertheilt,

Klüber, a. a. O. §. 454,

so kann unstreitig ein Jagdrecht, sofern es auf einem privatrechtlichen Titel beruht, vor Gericht geltend gemacht werden, und sofern nicht die besondere Beschaffenheit des Erwerbstitels etwas anderes festsetzt, folgt aus der Natur des Rechts keineswegs die Nichtvererbbarkeit an Nichtadeliche, es erscheint also der Titel der Erbschaft als genügend zur Aktivlegitimation."

„Was aber die Frage anlangt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solches Recht vor dem Civilrichter und im Wege der Besitzklage geltend gemacht werden könne, so ist er in erster Beziehung, nämlich zur Begründung der Kompetenz der Gerichte erforderlich, daß ein privatrechtlicher Erwerbstitel angeführt werde."

„Daran fehlt es aber der Klage; es ist in derselben nur angeführt, daß der Kläger und die Rechtsvorgänger desselben das Jagdrecht besessen hätten, und darüber Beweis angetreten, keineswegs aber sind Thatsachen angeführt, welche eine privatrechtliche Grundlage dieses Besitzes darthun."

„Wollte man aber auch diesen Mangel aus dem Grunde für beseitigt ansehen, weil Kläger in der Replik anführt:

„das Jagdrecht sei an den Besitz eines früher von der „Rechtsvorgängerin des Klägers, Freifrau v. W. be„sessenen Hofes geknüpft,"

und weil dasselbe Recht in den v. W'schen Theilungsakten, auf welches sich die Klage bezieht, so bezeichnet ist, weil endlich mehrere mit der Klage und Replik producirten Urkunden einen zu verschiedenen Zeiten und schon vor dem Uebergang der Pfalz an Baden von den Administrativbehörden anerkannten Besitz der mit gewissen Gütern verbundenen Jagdgerechtigkeit nachweisen, so würde das angesprochene Recht unter den Gesichtspunkt einer unständigen Dienstbarkeit fallen, und alsdann zufolge Prozeßordnung §. 747 zu Begründung einer Besitzklage erforderlich seyn, daß Kläger den Titel, durch welchen diese Dienstbarkeit bestellt wurde, beibringe."

„Es wird nun zwar in der Klage allerdings als Erwerbstitel die Erbschaft angeführt und hierüber sowohl als über den Besitz der Rechtsvorgänger Beweis angetreten; allein wenn gleich dem Obigen zufolge der Titel der Erbschaft für die Aktivlegitimation genügt, so ist er doch keineswegs ausreichend, um entweder dem Eigenthümer der dienenden Güter gegenüber oder gegen einen Dritten, dieselbe Dienstbarkeit ausschließlich Ansprechenden, die rechtliche Begründung des klägerischen Besitzes nachzuweisen, und nur ein solcher Titel ist es, welcher nach Wort und Geist der Prozeßordnung §. 747 genügt, nun eine Besitzklage statthaft zu machen."

„Weil nämlich bei allen Rechten, welche durch Verjährung nicht erworben werden können, der bloße Besitz eine Thatsache ohne allen rechtlichen Belang ist, so kann diese Thatsache, welche für sich allein nur als Precarium und nicht als rechtlicher Zustand erscheint, auch keinerlei Rechtsansprüche begründen, sondern solches wird erst dadurch der Fall, daß der Besitzende einen Titel vorlegt, welcher nicht, wie der der Erbschaft, den bloßen Uebergang des Besitzes von Andern auf ihn, sondern die rechtliche Begründung des Besitzes nachweißt."

Hiergegen kann nicht angeführt werden, daß zufolge L.R. S. 715 die Jagd durch besondere Gesetze regiert werden soll, und daß zufolge staatsrechtlicher Grundsätze (Klüber a. a. O. §. 356) der Staat nur bei unverleihbaren, nicht aber bei verleihbaren Regalien Produktion des Rechtstitels zu verlangen befugt sei, denn theils steht dieser Ansicht Klübers die anderer Staatsrechtslehrer entgegen, welche behaupten, daß der Inhaber eines verleihbaren Regals nur mittelst Edition und Beweis seines Titels im Weg des Besitzprozesses gegen Störungen der Staatsgewalt geschützt werden könne, theils ist nur hinsichtlich des Civilrechts nicht aber in Hinsicht des Prozeßrechts das Jagdrecht von der allgemeinen Landesgesetzgebung ausgenommen, theils endlich kann diese Ausnahme nur in soweit statt haben, als positive besondere Bestimmungen der badischen Gesetzgebung wirklich bestehen."

„Es hat zwar der Kläger, wie oben bereits erwähnt, schon mit der Klage und nachher auch mit der Replik Urkunden vorgelegt, welche beweisen, daß die Administrativbehörden des Staates den Besitz der Rechtsvorgänger des Klägers an befragter Jagd als einen rechtsbegründeten anerkannt und gegen Eingriffe geschützt haben; allein theils sind diese Rescripte des Kreisdirektoriums und der Forstbehörden vom Kläger selbst nicht als seine Erwerbstitel producirt, vielmehr nur zum Beweis des Besitzstandes vorgelegt, theils ist deren Inhalt nicht von der Beschaffenheit, daß daraus auf den privatrechtlichen Erwerb eines in die Kathegorie der Grunddienstbarkeiten zugehörigen Jagdrechts geschlossen werden könnte."

„Aus diesen Gründen erscheint die Besitzklage unstatthaft und Kläger durch das dieselbe abweisende hofgerichtliche Erkenntniß nicht beschwert." Sommer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 4. | Karlsruhe den 26. Januar 1839.

I.

Hat der Erwerber von Güterkaufschillingen die Kaufaccise zu entrichten?

Unter dem 11. December v. J. machte die großh. Steuerdirection in den Anzeigeblättern (s. z. B. das Anzeigeblatt des Mittelrheinkreises vom 29. December 1838 Nr. 104) Folgendes bekannt:

„Die Erwerbung von Güterkaufschillingen durch Israeliten betreffend."

„Das großh. Finanzministerium hat unter dem 1. Dec. l. J. Nr. 8974 verfügt, daß Derjenige, der dem Eigenthümer eines Gutes für dieses eine bestimmte Kaufsumme zusichert, und dagegen die Befugniß erwirbt, das Gut nach seinem Gutdünken zu veräußern und die hieraus alsdann erzielt werdenden Kaufschillinge zu beziehen, als Gutskäufer zu behandeln und der Kaufaccise zu unterwerfen, auch wo er diese zu umgehen gesucht hat, als Accisedefraudant zu verfolgen sei."

„In Folge dieser Verfügung werden die Amtsrevisorate angewiesen, von allen derartigen, bei ihnen vorgekommenen und noch nicht über 10 Jahre alten Fällen die Kaufaccise nachträglich in Ansatz zu bringen."

Für den Betreff dieses Rescriptes hätte schon ein passenderes Rubrum gewählt werden dürfen, weil die fraglichen Geschäfte nicht allein von Juden eingegangen werden können und auch wirklich eingegangen wurden, und weil der vorliegende Erlaß doch wohl nicht eine Ausnahmebestimmung für die Gütererlöskäufer israelitischer Religion bilden soll und kann. Allein wir wollen uns zur Hauptsache wenden und den Rechtsboden jener Verfügung etwas näher betrachten; eine Untersuchung, die wegen ihrer praktischen Bedeutung, wegen der Größe der Abgabe und der Rückwirkung des Rescriptes wohl der Mühe werth seyn dürfte.

Daß das großh. Finanzministerium mit diesem nur eine doctrinelle Erläuterung der Accisordnung geben wollte, darf vorausgesetzt werden. Denn zur Erlassung einer derartigen authentischen Erklärung oder einer neuen gesetzlichen Bestimmung wäre dasselbe so wenig, als die großh. Steuerdirection befugt und die Anzeigeblätter wären auch nicht das geeignete Verkündigungsmittel. Als doctrinelle Erläuterung hat aber jene Verfügung, wie die Rechtsansicht eines Privatmannes, nur dann einen Werth, wenn sie mit der bestehenden Gesetzgebung und den richtigen Grundsätzen über die Anwendung derselben übereinstimmt. Ob dieses hier der Fall ist, darüber will ich mir wenige Bemerkungen erlauben.

Welche Rechtsgeschäfte der Kaufaccise unterliegen, das bestimmt §. 84 der Accisordnung vom Jahre 1812. Hier heißt es:

„Von allen Contracten und sonstigen Handlungen, wodurch das Eigenthum liegender Güter, Gebäude, Gülten, Zehnten, Erbpächte ganz oder zum Theil von Einem auf den Andern übergeht, wird Ein und ein halber Kreuzer vom Gulden der Contractsumme oder des abgeschätzten Werthes als Accise bezahlt."

Also nur Rechtshandlungen, welche den Uebergang des Eigenthumes an Liegenschaften, Gülten ꝛc. ꝛc. zur Folge haben, sind der Kaufaccise unterworfen. Die Erwerbung von Güterkaufschillingen, insofern sie nicht die Erwerbung des Gutes bezweckt, ist mithin accisfrei.

Daß sie diesen Zweck aber nicht hat, wird sich zeigen, wenn wir das Wesen des Geschäftes, wovon hier die Rede ist, etwas genauer ins Auge fassen. Es besteht darin, daß der eine Contrahent dem Andern gegen eine gewisse Summe das Recht einräumt, ein bestimmtes Grundstück zu veräußern und den Erlös daraus einzuziehen und zu behalten. Es ist ein Kauf, dessen Gegenstand der Kaufschilling ist und die Veräußerung der Liegenschaft ist nur das einzige Mittel zur Gewinnung desselben. Das Rechtsgeschäft ist der nach L. R. S. 1130 zulässige Kauf einer künftigen beweglichen Sache (emtio rei speratae mobilis) und ebensowenig ein Gutskauf, als wenn Jemand öffentlich im Aufsteage eines Dritten eine Liegenschaft für diesen ersteigert und bezahlt, der Gewalthaber im Verhält-

Digitized by Google

niß zu dem Verkäufer oder der Gewaltgeber im Verhältniß zu jenem als Käufer anzusehen ist. Der bisherige Besitzer der Liegenschaft bleibt bis zu ihrer Veräußerung, wo freilich die Accise von dem Käufer zu entrichten ist, Eigenthümer; und daß die Contrahenten keine Eigenthumsveränderung im Sinne haben, ergiebt sich schon daraus, daß ein solcher Gütererlöskauf wohl noch nie in das Grundbuch eingetragen wurde.

Wenn nun aber die fraglichen Verträge nicht den Uebergang des liegenschaftlichen Eigenthums beabsichtigen, so sind sie auch nicht unter den §. 84 der Accisordnung zu subsumiren, und da sie, so viel mir wenigstens bekannt ist, auch sonst kein Gesetz der Accise unterwirft, accisfrei.

Abgesehen übrigens von ihrem Wesen, sind sie ihrer Form nach jedenfalls nicht von der Art, daß sie die Erwerbung der Liegenschaft zum Zwecke haben. Hätten sie nun aber auch in praktischer Hinsicht gleiche Wirkung mit denjenigen Rechtshandlungen, wodurch das Gut selbst erworben wird, so könnte man sie dessen ungeachtet noch nicht accisbar machen, weil ein Rechtsgeschäft zunächst nach seiner Form zu beurtheilen, weil zunächst von dieser seine Gattung bedingt ist.

Man wird hiergegen zwar einwenden, auf diese Weise könnte durch schlaue Anwendung von besondern Gedingen derselbe Zweck wie durch einen Kauf des Gutes erreicht und gleichwohl die Accise umgangen werden. Wäre dieß möglich, so könnte man nur eine Lücke in der Gesetzgebung bedauern, aber keineswegs beide Verträge bezüglich der Besteuerung gleich behandeln. Denn, wenn mehrere Wege zu einem Ziele offen stehen, so handelt der, welcher den bequemern, kürzern oder wohlfeilern einschlägt, ganz in seinem Rechte. Ein Anderer kann sich nur dann mit Grund über die Schmälerung seiner Einkünfte beklagen, wenn er ein Privilegium, wornach die Handlung nur auf die von ihm behauptete und ihm vortheilhafte Weise vorgenommen werden darf, nachweisen kann. Sonst gilt der Satz: qui jure suo utitur, neminem laedit. Die fraglichen Gütererlöskäufe sind aber durch keine gesetzliche Vorschrift untersagt.

Aus diesem Grunde könnte der Accis, wenn er auch von Letztern zu zahlen wäre, gleichwohl durch Verträge, welche nicht jene Form, aber doch gleiche Wirkungen haben, umgangen werden, wie z. B. durch einen Darleihevertrag, welchem die Clauseln beigefügt sind, daß die Schuld nur mit dem Erlöse aus den verpfändeten Liegenschaften getilgt werden solle, und daß der Schuldner frei wird, wenn er dem Gläubiger diesen, mag er auch geringer als die Schuld seyn, überläßt, sowie umgekehrt der Gläubiger den Erlös ansprechen kann, wenn dieser auch mehr als die Forderung betrüge.

Mit der obigen Ansicht im Ganzen übereinstimmend, haben bisher auch die Gerichte sowie die großherzogliche Steuerdirektion in einzelnen Fällen die Erwerbung von Güterkaufschillingen für accisfrei erklärt. Es liegt z. B. ein Erkenntniß des großherzoglichen Hofgerichtes des Seekreises vom 20. September 1836, Nr. 4548 vor mir, welches auf den Recurs der Steuerbehörde ein auf den bisher vertheidigten Grundsätzen beruhendes Urtheil des Untergerichtes bestätigte. Ich kann aber nicht unterlassen, das Rescript der großherzoglichen Steuerdirektion an die Obereinnehmerei Donaueschingen über die Recursbeschwerde des Joseph Kaufmann, Heinrich und Daniel Bloch von Gailingen, wegen eines Accisansatzes von einem Gütererlöse anzuführen. Es lautet:

„Es kommt der Regel nach auf die Form des Vertrages an, welche die Contrahenten ihrem Geschäfte gegeben haben. Da nun im vorliegenden Falle das Eigenthum der Wehninger'schen Güter nicht auf Bloch und Kons. übergegangen ist, sondern nur ein Auftragsvertrag verbunden mit einem Glücksvertrage vorliegt, so kann kein Accisansatz Statt finden."

„Hierzu wird weiter noch bemerkt, auch im vorliegenden Falle ist ein Glücksvertrag vorhanden, wenn er gleich im L. R. S. 1964 nicht namentlich aufgeführt ist, indem dort nur einige Beispiele von dergleichen Glücksverträgen aufgeführt sind, und es alterirt nichts, daß dem Bloch und Kons. eventuell das Eigenthum bedungen wird, wenn der festgesetzte Preis nicht erlöst wird."

Auch in andern Fällen sprach sich die großherzogliche Steuerdirektion in gleichem Sinne aus, z. B. in ihren Verfügungen vom 31. Dezember 1835, Nr. 24,792 und vom 8. Januar 1836, Nr. 264; so daß endlich, so viel mir bekannt ist, von den gekauften Güterkaufschillingen kein Accis mehr angesetzt wurde.

Wenn nun, wie oben zu zeigen versucht wurde, die das Gegentheil bestimmende Finanzministerialverfügung aller rechtlichen Grundlage ermangelt, so läßt es sich in doppelter Beziehung nicht rechtfertigen, wenn nach der Bekanntmachung der großherzoglichen Steuerdirektion von allen nicht über 10 Jahre alten Fällen der Accis nachträglich angesetzt werden soll. Denn hiergegen spräche die Billigkeit sogar in dem Falle, wenn die Gütererlöskäufe gesetzlich als Gutskäufe zu betrachten und zu veraccisen wären. Nur im Vertrauen auf die Einsicht der Gerichte und der großherzogl. Steuerdirektion, welche das Verhältniß doch am Genauesten kennen müssen, und auf die Wahrheit ihrer Aussprüche haben sich nämlich die Bürger in jene Geschäfte eingelassen und die Käufer dabei oft nicht einmal so viel gewonnen, als die nachzuzahlende Accise betrage. Wie kann man nun ungeachtet jener Erklärungen und Urtheile nach einigen Jahren von den Bürgern den Accis verlangen, den sie außer

Digitized by Google

dem Gewinne auch noch mit dem sonst Erworbenen zu bezahlen hätten? Sollte der Privatmann in solchen Fällen nicht vor allen Nachtheilen sichee seyn, wenn er die rechtskräftigen Entscheidungen der Gerichte und der großherzogl. Steuerdirektion für sich hat, und hierdurch wie durch das mehrjährige Schweigen der Oberbehörde alle Zweifel beseitigt glaubt? Wenn man die Gütererlöskäufe für die Zukunft der Accise unterwirft, so wird vielleicht die seitlich auch nur dem Gesetzgeber, nicht aber den Administrativbehörden zustehende Rücksicht dafür angeführet; daß man diese Geschäfte, weil sie hie und da zu Uebervortheilung Anlaß gegeben, zu unterdrücken suche: aber selbst mit diesem polizeilichen Motive kann doch die Rückwirkung des Finanzministerialerlasses nicht begründet werden.

Es wäre interessant, wenn sich andere, gewichtigere Stimmen über die vorliegende Frage vernehmen ließen, um so mehr, als es sich um ein sehr bedeutendes Geldinteresse und um einen Gegenstand handelt, der, wenigstens nach den bisherigen Erkenntnissen zu schließen, einen Widerstreit der Ansichten der Gerichte mit denen der Steuerbehörden hervorrufen könnte. Denn es ist vorauszusehen, daß Letztere, jene Ministerialentschließung, wie gewöhnlich für ein unzweifelhaft geltendes Gesetz betrachtend, die Kontravenienten als Defraudanten behandeln werde, während die Gerichte, welche nach Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Juni 1837 abgesehen von einem Verzichte des Angeschuldigten kompetent sind, auf den Grund der bestehenden Gesetzgebung in der Umgehung des Accises in den fraglichen Fällen keine Defraudation finden werden. X.

Anmerkung der Redaktion. — So weit es sich um die Auslegung der bestehenden Gesetzgebung handelt, bin ich mit dem Verfasser des obigen Aufsatzes dahin einverstanden, daß der Vertrag, wodurch jemand vom Eigenthümer eines Guts das Recht erwirbt, das Gut zu veräußern und den Kaufschilling um einen zum Voraus verabredeten Preis für sich zu beziehen, kein Kauf, noch sonst ein Erwerb einer Liegenschaft sei, indem weder das übertragene Recht, das Gut zu veräußern, noch das Recht zum Bezug der künftigen Kaufschillinge gesetzlich als eine unbewegliche Sache gilt.

Für einen solchen Rechtserwerb ist also nach meiner Meinung keine Kaufsaccise zu bezahlen, sondern diese liegt nur demjenigen ob, an welchen der Erwerber jenes Rechts das Gut der erhaltenen Ermächtigung gemäß alsdann wirklich veräußert.

Wenn es sich aber de lege ferenda handelt, so bin ich dafür, daß die Accispflicht auf jene Verträge ausgedehnt werde, weil dieselben leicht zu wucherlichen Uebervortheilungen Anlaß geben, es also wohlthätig ist, ihnen durch eine Accise entgegen zu wirken. D. R.

II.

Fordert der Artikel 2037 des Code eine Kommissivhandlung des Gläubigers, oder genügt auch schon eine Unterlassung zur Befreiung des Bürgen? Laukhard, Rechtsfälle III, 100.

Wie gering man auch immer von Autoritäten in wissenschaftlichen Dingen denken mag, so ist es eben doch eine nicht zu läugnende Erfahrungsthatsache, daß dieselben, wenn in einer Wissenschaft, gewiß in der unsrigen eine wichtige Rolle spielen; es ist daher, besonders bei bestrittenen Rechtsauslegungen, von der höchsten Bedeutung, daß sich keine falschen Autoritäten geltend machen.

Eine solche falsche Autorität hat, wie mir scheint, Zachariä im 2. Band seines Handbuchs, §. 428 Note 2, und nach ihm Laukhard an der oben angeführten Stelle angezogen.

Von beiden Schriftstellern wird nämlich angenommen, der Cassationshof habe in der von Sirey, XXXV. 1. 977 mitgetheilten Entscheidung sich für die Ansicht ausgesprochen, daß der Bürge nur dadurch befreit werde, wenn der Gläubiger durch eine positive oder kommissive Handlung den Eintritt des Bürgen in seine Rechte unmöglich macht.

Dies ist jedoch offenbar nicht der Fall, der Vortragerstatter am Cassationshof hatte zwar allerdings seinen Antrag durch diese Ansicht motivirt, allein der Cassationshof hat diese Ansicht in seine Entscheidungsgründe keineswegs aufgenommen, sondern außer dem Umstande, daß in dem entschiedenen Fall das durch unterlassene Erneuerung verlohrene Unterpfand erst nach Entstehung der Bürgschaft konstituirt worden war, seine Entscheidung allein dadurch motivirt, daß *in concreto* der Bürge eben so gut wie der Gläubiger den Verlust des Unterpfands verschuldet hatte. Ein Umstand, welcher zwar bei Unterlassungshandlungen häufiger eintreten wird, aber nicht nothwendig bei allen Unterlassungen eintritt, und wohl auch bei kommissiven Handlungen des Gläubigers vorkommen kann; weßhalb es sicher irrig wäre, wenn man in dieser Begründung des Cassationsurtheils ein Festhalten der Potier'schen Unterscheidung zwischen positiven und blos kommissiven Handlungen erkennen wollte.

Dieses Urtheil kann also offenbar nicht für die von Zachariä und Toullier vertheidigte Ansicht über die aufgeworfene Frage angeführt werden, dagegen hat der Cassationshof schon früher (Sirey, XXVIII. 1. 17) einen Bürgen deßhalb freigesprochen, weil der Gläubiger unterlassen hatte, eine für die Schuld bestellte Hipothek zu erneuern, und daß er auch jetzt die Unterscheidung zwischen kommissiven und ommissiven Handlungen nicht für maßgebend halte, scheint

Digitized by Google

aus einer Entscheidung v. J. 1836 (Sir. XXXVI. 1. 632 und Laukhard III. 104) hervorzugehen.

In diesem Fall war nämlich auch nicht von einer Kommissivhandlung, sondern von einer bloßen Unterlassung des Gläubigers die Rede, und dennoch verwarf der Cassationshof das Cassationsgesuch gegen das Urtheil, welches den Bürgen freigesprochen hatte, theils aus dem Grunde, weil der Bürge nicht in der Lage war, die aus des Gläubigers nachläßiger Unterlassung ihm erwachsene Unmöglichkeit des Rechtseintritts durch eigene Thätigkeit zu beseitigen; theils weil der Cassationshof im Widerspruch mit den für die Potier'sche Unterscheidung angeführt werdenden Argumenten *) ausdrücklich anerkannt, daß der Art. 2037 im Grunde lediglich die Art. 1382 und 1383 auf die Bürgschaft anwende.

Eben deßhalb spricht denn auch der Cassationshof überall in seinen Entscheidungsgründen ganz in Uebereinstimmung mit der von Delvincourt zu diesem Artikel gemachten Ausführung lediglich von einem Verschulden, einer Nachlässigkeit des Gläubigers, als dem Grunde seiner Abweisung mit der Bürgschaftsklage.

In eine Erörterung der Streitfrage selbst einzugehen, liegt außer dem Zweck dieses Aufsatzes, welcher nur darauf geht, zu zeigen, daß die Autorität des Cassationshofes nicht für die Unterscheidung zwischen kommissiven und ommissiven Handlungen ist, schließlich mag jedoch nicht unbemerkt bleiben, daß die badische Faßung des Art. 2037 vom Urtexte in einer Weise abweicht, welche der Unterscheidung noch mehr, als dem Urtext entgegen ist; diese Abweichung ist zwar in Brauers Erläut. nicht als eine Beabsichtigte ausdrücklich angezeigt, inzwischen weisen dieselben (Bd. IV. S. 46.) nach, daß er den Artikel, so wie von Delvincourt und in dem letztgedachten Urtheil des Cassationshofs geschehen, auffaßte, was zu der Annahme berechtigt, daß in dieser seiner Ansicht die veränderte Faßung ihren Grund habe. Trefurt.

III.

Bemerkungen zu der in den Annalen Jahrgang IV. Nr. 47 S. 284 enthaltenen Beantwortung der Frage: Findet wegen einer nach Maßgabe der §§. 753 und 681 der Prozeßordnung erkannten Geldstrafe das ordentliche Rechtsmittel der Appellation Statt?

Die Grundherrschaft von Bettendorf gegen die Gemeinde Giesigheim.

Zum Verständniß der mitzutheilenden Bemerkungen ist folgendes thatsächliche Verhältniß vorauszuschicken: die Grundherrschaft von Bettendorf hat wegen Störung bei Ausübung der Schäfereigerechtigkeit die Gemeinde Giesigheim und 65 namentlich benannte Güterbesitzer verklagt und wurde auch durch Urtheil erster Instanz, welches jedoch in der II. und III. Instanz abgeändert wurde, in dem Besitze der ausschließlichen Schäfereigerechtigkeit geschützt und der Gemeinde der Austrieb von Schafen bei Vermeidung einer Geldbuße von 100 Reichsthalern untersagt. Auf die Anzeige, daß das Austreiben der Schafe nicht unterbleibe und auf den Antrag, daß die angedrohte Strafe ausgesprochen werden möge, wurde Tagfahrt zur Verhandlung anberaumt. In dem von dem großh. Bezirksamte Tauberbischofsheim aufgenommenen Protokolle heißt es: „Es erschienen Namens der Beklagten die Vertreter derselben Barthel Stephan nebst 6 weitern namentlich angeführten Personen. Von einer Vollmacht der andern nicht erschienenen Beklagten ist nirgends eine Spur und dann, wie steht es mit der Beachtung der Vorschrift des §. 98 der Prozeßordnung?" Ohngeachtet 59 Beklagte nicht gehört wurden, so ergieng doch gegen sie das Straferkenntniß, gegen welches keine Appellation, sondern nur eine Beschwerdeführung nach §. 1244 Nr. 5 der Prozeßordnung zuläßig seyn soll. Diese Ansicht, selbst von dem obersten Gerichtshofe ausgesprochen, scheint nicht richtig zu seyn, denn die in §. 1244 der Prozeßordnung angegebenen einzelne Fälle betreffen das Verhältniß des Richters zur Parthei, nicht aber das Verhältniß der beiden streitenden Theile zu einander: der Richter hat sich nach §. 1247 der Prozeßordnung zu verantworten, die Gegenparthei kümmert sich nicht darum. (v. Weiler, Motive, S. 122.) Es handelte sich nicht um den Vollzug eines Erkenntnisses oder Gerichtsdisciplin, sondern um die Ausmittlung der Thatsache, ob die Beklagten die Verfügung, welche ihnen das Austreiben der Schafe verbietet, übertreten haben. Die Ausmittlung dieser Thatsache war um so wichtiger, als die Grundherrschaft wegen Störung im Besitze der Schafweidegerechtigkeit gegen die Hofloosbesitzer zu Giselgheim Klage erhoben und damit bereits durch Urtheil großherzogl. Hofgerichts vom 23. Mai 1835 abgewiesen war, wornach also diese im Dezember 1835 Schafe treiben durften. Es mußte nach Vorschrift des §. 981 Nr. 2 der Prozeßordnung dargethan werden, daß die Schafe nicht den Hofloosbesitzern, sondern den nicht gehörten 59 Beklagten gehören, darum nebst den Vertretenen allein das Austreiben untersagt war. Diese Untersuchung gehört zum Geschäftskreise des Richteramtes, gegen dessen Erkenntniß Appellation und nicht die Beschwerdeführung, die lediglich die Gerichtsdisciplin angeht, zuläßig ist.

X.

*) Vergl. Laukhard III. S. 102, 103.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 2. Februar 1839.

I.

Bedenken über Art. 7 der Prozeß-Novelle vom 3. August 1837 (Regierungsblatt vom 15. August 1837 Nr. XXVII).

Der Art. 7 der Prozeß-Novelle vom 3. August 1837 schreibt ad §. 674 der Prozeßordnung vor:

„Wenn in den Fällen des §. 673 Nr. 2—6 der Richter am Schlusse des Verfahrens den Beweis über erhebliche Thatsachen gar nicht oder nicht genügend angetreten findet, so bezeichnet er durch eine Verfügung den Parteien die Thatsachen, über welche noch Beweis erforderlich ist, und bestimmt für den Nachtrag solchen Beweises eine Frist, welche 14 Tage nicht übersteigen darf. Die im §. 1191 bestimmte Beirechnung von Zusatztagen findet jedoch auch hier Statt."

„Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist können diese Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden, und der Richter entscheidet sofort in der Sache selbst ohne Anrufen der Partei und ohne vorgängiges Versäumungserkenntniß."

So einfach diese Bestimmung an sich erscheint, so bieten sich bei deren Anwendung doch einige Zweifel dar, welche in der hierin keineswegs ganz gleichförmigen Praxis ihre Bestätigung finden, und deren Lösung durch die Entscheidung folgender vier Fragen erschöpft seyn dürfte:

1) Kann vermöge dieser Vorschrift die Verbindung der Beweisantretung mit dem Vortrag der Klage, Einreden, Repliken, Dupliken ꝛc. ꝛc. umgangen werden?

2) Ist die darin festgesetzte 14tägige Frist eine Nothfrist, und als solche unerstreklich?

3) Darf die Beweisantretung nicht mehr berücksichtigt werden, wenn solche zwar nach Ablauf der vierzehntägigen Frist, aber noch bevor der Richter die Acten zur Fällung des Erkenntnisses reproduciren läßt, einkommt?

4) Ist zufolge der Bestimmung, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Beweise „in derselben Instanz" nicht mehr nachgetragen werden können, die Zulässigkeit des höheren Rechtszugs unter dieser Voraussetzung auch in denjenigen Fällen begründet, wo der Werth des Streitgegenstandes die Appellationssumme nicht erreicht?

Die nachstehende Erörterung dieser Fragen geschieht lediglich in der Absicht, um dadurch eine richtige und zuverlässige Entscheidung derselben möglicher Weise zu veranlassen.

Ad 1) Mit Einführung der Prozeß-Novelle ist die Ansicht herrschend geworden, als ob durch Art. 7 derselben die Beobachtung der Vorschrift, daß in den Fällen des abgekürzten Verfahrens mit dem Vortrag der Klage, Einreden, Repliken, Dupliken ꝛc. ꝛc. sofort die Beweisantretung, so wie mit der ersten Vernehmlassung auf die Klage zugleich die Gegenbeweisantretung verbunden werden soll, implicite erlassen sei. Ich glaube jedoch nicht, daß diese Ansicht, so allgemein sie auch bei den Gerichten Eingang gefunden haben mag, die richtige ist.

Der Art. 7 der Prozeß-Novelle scheint mir nämlich nur den Fall vorzusehen, da dem Richter bei der Prüfung der Klage, oder im Laufe der Verhandlungen ein Mangel der Beweisantretung entgangen ist, welcher ihm erst am Schlusse des Verfahrens fühlbar wird, und ihn nunmehr an der Entscheidung in der Hauptsache hindert. Hier soll jetzt, um nicht erst nach bereits gepflogenen Verhandlungen die Klage noch angebrachtermaßen verwerfen, oder wenn die mangelhafte Beweisantretung den Beklagten betrifft, wohl gar definitiv gegen diesen erkennen zu müssen, — den Parteien durch eine Verfügung der Beweis über diejenigen Thatsachen aufgegeben werden, welche desselben noch bedürftig sind. Eine andere Auslegung wird die Novelle nicht gestatten, da der Art. 7 die Bestimmungen des §. 674 der Prozeßordnung keineswegs aufhebt, sondern sich vielmehr nur als ergänzender und erläuternder Zusatz an denselben anschließt. Es muß somit auch die Vorschrift des §. 674 Nr. 3, 4 und 5 in Kraft bleiben, wornach im abgekürzten Verfahren mit dem Vortrag der Thatsachen und deren Beantwortung, so weit sie erheblich sind, jeweils die Beweis- und resp. Gegenbeweisantretung sofort verbunden werden muß, und dieß um so mehr, als gerade

Digitized by Google

hierin die wesentlichste Form des abgekürzten Verfahrens liegt, welches als eine eigene, von dem gewöhnlichen Verfahren verschiedene Prozeßart bei uns eingeführt, und durch kein neueres Gesetz abgeschafft ist, mithin in seiner vollen rechtlichen Wirksamkeit fortbesteht. Diese Prozeßart ist, wie jede andere, ein Produkt des öffentlichen Rechts, insofern die Gesetzgebung in gewissen Fällen, theils wegen der Nachtheile, die aus der Verzögerung des Prozesses entstehen könnten, theils um die streitenden Theile voe übermäßigen Kosten zu bewahren, eine besondere Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens im Interesse des Gemeinwohls wünschen muß. Es sind daher alle diejenigen Fälle, für welche abgekürztes Verfahren im Gesetz vorgeschrieben ist, an die dieser Prozeßart eigenen Formen und Vorschriften in der Art gebunden, daß der Richter die dahin gehörigen Angelegenheiten nur allein in diesen Formen annehmen und verhandeln darf, und es keineswegs von der Wahl der Parteien abhängt, das abgekürzte Verfahren im einzelnen Falle mit dem ordentlichen zu vertauschen. So oft daher der Richter in den Fällen des §. 673 den Beweis nicht sofort mit der Klage angetreten findet, wird er dieselbe nach wie vor angebrachtermaßen zu verwerfen, oder wenigstens durch eine Vorverfügung die Beibringung des Beweises zu veranlassen haben, bevor er Verhandlungen einleitet, weil es der Klage sonst an einem wesentlichen Erforderniß der für sie vorgeschriebenen Prozeßart, i. e. eben an der Form fehlen würde, in welcher die ihr zum Grunde liegende Rechtsstreitigkeit selbst angebracht werden muß, um überhaupt vor Gericht geltend gemacht und verhandelt werden zu können. Von der Vorschrift des Art. 7 der Prozeß-Novelle wird sodann erst im Nothfall Gebrauch zu machen seyn, wenn nämlich der Richter am Schlusse des Verfahrens noch einen oder den andern Mangel der Beweisantretung entdeckt, den er bis dahin übersehen hatte, keineswegs aber vermag dieselbe die Parteien von der ihnen durch §. 674 auferlegten Verbindlichkeit der Beweisantizipation zu befreien.

Denn wenn einmal gewisse charakteristische Formen einer besondern Prozeßart vorgeschrieben sind, wie dieß in Bezug auf das abgkürzte Verfahren durch die Bestimmungen des §. 674 Nr. 3, 4 und 5 geschehen ist, so ist nicht anzunehmen, daß die Gesetzgebung, während sie diese Formen in einem besondern Gesetz zur Regel erhebt, eben dieses Gesetz auf der andern Seite wieder durch einen erläuternden Zusatz außer Wirksamkeit setzen, und, der einmal gegebenen und bestehenden Vorschrift ungeachtet, die Befugniß einräumen wollte, dieselbe gleichwohl nach Belieben zu umgehen.

Die gedachten Bestimmungen des §. 674 hätten jedenfalls eine ausdrückliche Aufhebung erfordert, wenn es in der Absicht der Gesetzgebung gelegen wäre, durch Einführung des Art. 7 der Novelle die Beweisanticipation zu erlassen. Da dieß nicht geschah, so stünde bei der Annahme dieser Absicht der durch den Art. 7 gemachte Zusatz zu §. 674 mit diesem selbst in einem offenbaren Widerspruch, oder es wären zum mindesten die Bestimmungen Nr. 3, 4 und 5 des §. 674 ganz und gar überflüssig und zwecklos. Endlich spricht auch noch der Umstand entscheidend gegen jene Annahme, daß der Art. 7 der Novelle eine correctorische Vorschrift enthält, welche, so weit dadurch das ungeändert gelassene positive Recht aufgehoben wurde, nach bekannten Interpretationsregeln nicht ausdehnend erklärt werden darf. *)

Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 7. Ausg. §. 49.

---

*) Ich bin der Meinung, daß schon vor der Novelle vom 3. August 1837 eine zum unbestimmt summarischen Prozesse (d. h. zu dem im 31. Titel der Prozeßordnung für alle im §. 673 aufgeführten Rechtssachen allgemein vorgeschriebenen abgekürzten Verfahren) gehörige Klage wegen Mangel des damit angetretenen Beweises nicht sogleich von vorn herein angebrachtermaßen zu verwerfen war, indem das Gesetz hier nicht eben so, wie bei den einzelnen bestimmt summarischen Prozessen (§. 675, 687 und 688. — 702 und 703. — 726, 727 und 728.) die vorläufige Beweisantretung als eine Bedingung der Zulässigkeit der (an und für sich sonst etwa ganz vollständigen und deutlichen, daher der Vorschrift der §§. 245 und 339 nicht unterliegenden) Klage erklärt.

Diese Ansicht theilte auch die Kommission der 2. Kammer bei Berathung der Prozeß-Novelle und es erklärte der Abg. Aschbach in dem Kommissionsberichte (4. Beilagenheft S. 283), daß die Ansicht des Hofgerichts in Konstanz, welches die Klage ohne Beweisantizipation für zulässig hielt und in der Replik die Nachholung des Beweises der widersprochenen Thatsachen aus dem Gesichtspunkt einer im §. 344 bezeichneten Verbesserung gestaltete,

„mehr dem Geiste der Prozeßordnung entspreche, welche in der That nirgends sage, daß in Bezug auf das Gebot der Beweisantretung mit den Vorträgen (§. 674) die im §. 344 unbedingt zugelassene Befugniß nachträglicher Verbesserungen nicht statthaft seyn soll."

Bei dieser Ansicht konnte der Mißstand nur noch darin gefunden werden, daß die Partei, die den Beweis nicht unaufgefordert nachholte, vielleicht weil sie nicht wußte, daß und was sie zu beweisen habe, mit ihrem guten Rechte dennoch unterliegen konnte.

Diesem Uebelstand wurde nun abgeholfen durch den §. 674. a., wornach in solchen Fällen eine Anweisung des Richters erfolgen soll.

Dabei bleibt übrigens die Vorschrift der Beweisantizipation in dem §. 674 selbst allerdings aufrecht, jedoch wie Aschbach im Kommissionsbericht Nr. 281 bemerkt, nur

„für die Parteien als Mahnung, und für den Richter als Aufforderung, nach §. 295, die Parteien auf solche aufmerksam zu machen."

Der §. 674 gibt nämlich auch jetzt noch die Vorschrift der Beweisantizipation, der Zusatz §. 674 a. bestimmt aber, was zu geschehen habe,

Digitized by Google

Am allerwenigsten kann daher, was noch besonders erwähnt zu werden verdient, die Bestimmung des Art. 7, welche Auslegung ihr auch gegeben werden mag, über die ausdrücklich benannten Fälle des §. 673 Nr. 2 — 6 hinaus auch auf andere Angelegenheiten ausgedehnt werden, für welche ebenfalls abgekürztes Verfahren vorgeschrieben ist, wie z. B. auf den Besitzprozeß, gemäß §. 742 der Prozeßordnung ꝛc. ꝛc.

Ad 2) Diese Frage wird ebenfalls verneint werden müssen, obwohl dieselbe in der Praxis auch nicht allenthalben so entschieden wird.

Im gemeinen Recht sind unter Nothfristen nach der richtigen Theorie bekanntlich nur peremtorische, gesetzliche Fristen, d. h. solche verstanden, wobei nicht nur die Dauer der Frist schon durch das Gesetz bestimmt, sondern auch der Nachtheil ausgesprochen ist, welchen die Versäumung der Frist zur Folge haben soll. Hiernach werden sodann die Fatalien wieder eingetheilt in absolute und *fatalia secundum quid*, je nachdem sie nach einer bestimmten Handlung im Prozesse von selbst zu laufen anfangen, oder erst durch ein richterliches Decret in Bewegung gesetzt werden müssen. In Bezug auf die Zeitbestimmungen überhaupt aber ist es Regel, daß wenn eine Parthie verhindert ist, eine Handlung, in der ihr von dem Gesetz, oder von dem Richter vorgeschriebenen Zeit zu vollziehen, sie um Verlängerung der Frist, oder um Verlegung des Termins nachsuchen darf, was ihr dann auch bei dem Vorhandenseyn einer gültigen Hinderungsursache, und wenn das Gesuch noch zeitig genug angebracht wird, gestattet werden muß, von welcher allgemeinen Regel nur allein die absoluten Fatalien eine Ausnahme machen.

Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, vierte Auflage, §. 116 und 297. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, S. 196 und 199.

Ganz in diesem Sinn verordnet auch die Prozeßordnung in §. 245:

„Ausgenommen sind die für die Rechtsmittel gesetzlich vorgeschriebenen Nothfristen, welche auch in den Ferien ablaufen, und überdies vom Richter weder verkürzt noch verlängert werden dürfen."

Aus dieser Bestimmung, welche zumal mit dem römischen Recht, wo der Ausdruck *fatale* namentlich auch nur in Bezug auf die Fristen im Appellationsverfahren vorkommt,

l. 32. pr. C. de appellat. et consultat. (7. 62), l. 2 & 5 C. de tempor. et reparat. appellat. (7. 63.) Nov. 49.

ziemlich im Einklang steht, folgt argumento a contrario, daß alle Fristen, außer den für die Rechtsmittel gesetzlich vorgeschriebenen Nothfristen, vom Richter verkürzt und verlängert werden dürfen. Diese Nothfristen ausgenommen, müssen daher bei allen anderen Fristen die allgemeinen Bestimmungen der §§. 241 — 236 der Prozeßordnung Anwendung finden, abgesehen davon, daß nach einer Entscheidung des großh. Oberhofgerichts, welche mitgetheilt ist in der

neuen Folge der Oberhofgerichtlichen Jahrbücher, III. Jahrgang 1835, 2. Heft S. 119,

die Bestimmung des §. 231 der Prozeßordnung auch selbst auf die Nothfristen ohne Unterschied anwendbar erklärt ist.*)

Die in Art. 7 der Novelle bestimmte vierzehntägige Frist ist nun aber weder überhaupt eine Nothfrist, noch insbesondere eine absolute, und am allerwenigsten für ein Rechtsmittel gesetzlich vorgeschrieben.

Eine Nothfrist ist sie nicht; denn einmal ist sie nicht als solche bezeichnet, und zum Andern wird sie nicht unmittelbar durch das Gesetz, sondern nur nach Maßgabe des Gesetzes erst vom Richter angeordnet. Die Novelle besagt nämlich ausdrücklich: daß der Richter durch eine Verfügung den Parteien die Thatsachen, über welche noch Beweis erforderlich ist, zu bezeichnen, und für den Nachtrag solchen Beweises eine Frist zu bestimmen habe, welche 14 Tage nicht übersteigen dürfe. Diese Frist wird also unmittelbar vom Richter angeordnet, und das Gesetz zeichnet ihm für die Dauer derselben nur einen, den Erfordernissen des abgekürzten

---

wenn die Parteien dieser Vorschrift bis zum „Schlusse des Verfahrens" nicht nachgekommen sind.

Auf S. 282 fährt der Commissions-Bericht fort:

„Der Commission scheint, daß auf diesem Wege sich die zum Vorschein gekommenen Nachtheile ganz einfach beseitigen. Das Gebot des Gesetzes, vereint mit der richterlichen Belehrung, wird in den meisten Fällen genügen, die Parteien zur gleichbaldigen Antretung der Beweise zu veranlassen; wenn der Richter nur einige Gewandtheit hat, so macht sich alsdann die Beweisantizipation von selbst. Dabei ist keine Partei gehindert, da, wo sie es ihrem Interesse angemessen glaubt, die Beweisantretung auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben; sie kann vorerst die Litiskontestation des Gegners abwarten, ehe sie die Stärke oder Schwäche ihrer Beweise zeigt."

Indessen wird ein weiteres Präjudiz für denjenigen, der die vorgeschriebene Beweisantizipation unterließ und erst vom Richter zur Nachholung des Beweises aufgefordert werden mußte, nach §. 349 auch darin bestehen, daß derselbe jedenfalls den hiedurch verursachten Mehraufwand an Kosten zu tragen hat.

D. R.

*) In dem angeführten Hefte ist nur von einer Ehrenkränkungssache, nicht aber von einer bürgerlichen Prozeßsache die Rede, obschon der Referent (nicht das Oberhofgericht selbst) sich allerdings auch auf den §. 231 der bürgerlichen Prozeßordnung berufen hat.

D. R.

Digitized by Google

Verfahrens entsprechenden Maßstab vor, wie dieß auch in Bezug auf andere Fristen in der Prozeßordnung geschehen ist, als z. B. in §. 355, 363, 421, 847 Nr. 3, 1217 ꝛc., ohne daß diese Fristen deßhalb als Nothfristen betrachtet werden.

Die Bestimmung, daß die Frist 14 Tage nicht übersteigen dürfe, schließt ja die Befugniß des Richters nicht aus, sie auch zu verkürzen, was sich mit der Eigenschaft einer Nothfrist nicht vereinigen läßt. Ist nun hiernach die gedachte Frist überhaupt keine Nothfrist, so kann sie auch keine absolute seyn, und dies um so weniger, als sie nach der in der Novelle bezeichneten richterlichen Verfügung nicht von selbst zu laufen anfängt, sondern zugleich mit und in dieser Verfügung erst vom Richter angeordnet wird. Endlich ist sie auch keineswegs für ein Rechtsmittel gesetzlich vorgeschrieben, sondern lediglich nur für den Nachtrag des fehlenden Beweises.

Der in Artikel 7 enthaltene Beisatz: daß die im §. 1191 bestimmte Beirechnung von Zusatztagen jedoch auch hier Statt finde, steht, obgleich der §. 1191 von der für die Appellationsanmeldung vorgeschriebenen Nothfrist handelt, dem bisher Erörterten nicht entgegen. Denn einmal bildet die Beirechnung von Zusatztagen kein charakteristisches Merkmal einer Nothfrist, und zum Andern kann eine Frist, welcher die wesentlichsten Voraussetzungen einer Nothfrist fehlen, doch nicht wohl durch die beigehende Beziehung auf eine mit einer wirklichen Nothfrist verbundene außerwesentliche Bestimmung zu einer solchen gestempelt werden. Hätte man die Frist des Artikels 7 als eine Nothfrist festsetzen wollen, so hätte sie nothwendig ausdrücklich für eine solche erklärt werden müssen; die bloße Beziehung auf §. 1191 hinsichtlich der Beirechnung von Zusatztagen vermag ihr für sich allein diese Eigenschaft nicht zu begründen.

Eben so wenig kann aus der Verfügung des §. 1217 ein gegründeter Einwand gegen die hier geltend gemachte Ansicht entnommen werden. Der §. 1217 schreibt nämlich auch vor, daß die Frist zur schriftlichen Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerde nicht über 28 Tage betragen dürfe, und bei Appellationen mit abgekürzten Nothfristen nicht über 21 Tage. Weil nun aber dieser §. den ausdrücklichen Beisatz enthält: daß eine Erstreckung von gleicher Dauer nur Statt finde unter der Voraussetzung des §. 234, und eine weitere nur unter den Voraussetzungen des §. 235,— so könnte dieß zu der Folgerung verleiten, daß dieser ausdrückliche Beisatz wegen der Fristerstreckung auch in dem Artikel 7 der Novelle enthalten seyn müßte, wenn auch in Bezug auf diesen eine solche statthaft wäre. Allein jener auf die Fristerstreckung sich beziehende Beisatz des §. 1217 mußte hier aus dem Grund ausdrücklich gemacht werden, weil es in Ansehung dieser Frist nicht bei der gewöhnlichen Regel des § 232, wornach, um eine erste Erstreckung zu erlangen, die Partei einen giltigen Hinderungsgrund blos anzuführen hat, belassen, — sondern ausnahmsweise bei der ersten Fristerstreckung schon die Voraussetzungen verlangt wurden, welche sonst nach §. 234 erst bei der zweiten, und bei dieser hinwiederum diejenigen, welche nach 235 sonst erst bei der dritten Erstreckung erfordert werden. Weil sich diese Ausnahme natürlich nicht von selbst verstund, so mußte dieselbe nothwendig durch einen Beisatz ausdrücklich vorgeschrieben werden. Da nun aber bei dem Artikel 7 der Novelle eine solche Ausnahme nicht statuirt werden wollte, so bedurfte es eben daher auch keines besondern Beisatzes.

Hiernach halte ich die Auslegung für gerechtfertigt, daß der Artikel 7 der Novelle, wie bereits bemerkt, nur den Maßstab für die Dauer der darin gebotenen Frist an die Hand geben solle, und daher nur so zu verstehen sei, daß der Richter bei dem Ansetzen der Frist sie nicht über 14 Tage hinaussetzen dürfe. Gleichwie dieser indessen aber nach der Fassung des Artikels 7 nicht gehindert ist, die Frist im einzelnen Falle nach seinem Ermessen auch herabzusetzen, und eine kürzere, als eine vierzehntägige, anzuordnen, eben so wenig verbietet ihm die Novelle, noch sonst ein Gesetz, die nach Maßgabe derselben anberaumte Frist, bei dem Vorhandenseyn der in §. 231 u. f. enthaltenen Voraussetzungen, und auf die dort angegebene Weise auch zu erstrecken, wobei dann allerdings zugegeben werden mag, daß es, mit Rücksicht auf das abgekürzte Verfahren, mit den hierher bezüglichen Fristgesuchen etwas strenger, als sonst, zu nehmen seyn dürfte.

Ad 3) Auch diese Frage wird zu verneinen, und wohl auch weniger bestritten seyn, als die beiden vorigen. Denn der Artikel 7 der Novelle spricht zu klar, daß nach fruchtlosem Ablaufe der vom Richter angeordneten Frist die fehlenden Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden können, und der Richter sofort in der Sache selbst entscheidet, ohne Anrufen der Partei und ohne vorgängiges Versäumungserkenntniß. So sehr auch diese Bestimmung der dem Civilprozeß zum Grunde liegenden Verhandlungsmaxime widerstreitet, indem sie die hierdurch gebotene accusatio contumaciae ausschließt, mithin als eine, von einem Hauptprozeßgrundsatz abweichende, singuläre Vorschrift der strengsten, d. h. der vom bestehenden Recht am wenigsten entfernenden Auslegung unterworfen seyn muß, und wenn es sich auch durch das gemeine Recht vertheidigen läßt, daß ein contumax dem Versäumungsnachtheil noch entgehen kann, wenn, ehe ihn der Richter dekretirt, er das Versäumte noch nachholt, so

Digitized by Google

sind doch diejenigen Ungehorsamsfälle ausgenommen, bei welchen, wie hier, der Kontumacialnachtheil vom Gesetze selbst gedroht ist. Martin, l. c. §. 118.

Dazu kommt, daß, wenn die Beweisantretung auch nach Ablauf der geordneten Frist noch angenommen werden dürfte, so lange der Richter nur noch nicht in der Sache selbst bereits entschieden hätte, die Bestimmung der Novelle leicht umgangen werden könnte, und so die Absicht des Gesetzes nicht erreicht würde. *)

*) Diese Frage ist wohl durch die Worte des § 674 a:
„nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist können diese Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden,“
ganz klar entschieden, ohne Unterschied, ob man die gedachte Frist überhaupt als eine Nothfrist betrachte oder nicht.

In Bezug auf diese Frist bemerkt Aschbach in dem angeführten Kommissionsberichte:

„Um ferner die Weiterungen abzuschneiden, die bei richterlichen Fristen und richterlichen Präjudizandrohungen dadurch entstehen, daß erst auf Anrufen des Gegners der Säumige ausgeschlossen werden kann, muß mit dem Ablaufe der für den Beweisnachtrag zu setzenden kurzen Frist, gleich einer Nothfrist, der Versäumungsnachtheil des Ausschusses mit dem Beweise kraft Gesetzes eintreten, so daß nach deren Umfluß der Richter gleich von Amtswegen, ohne den Ablauf der Wiederherstellungsfrist abzuwarten, und ohne ein Versäumungserkenntniß zu geben, zur Fällung des Endurtheils schreiten kann.“

An und für sich ist nämlich die Frist des §. 674 a. keine gesetzliche Nothfrist, sondern eine richterliche Frist, denn sie wird ja vom Richter bestimmt, und läuft nicht kraft Gesetzes.

Allein weil die im ordentlichen Verfahren mit dem Ablauf einer richterlichen Frist verbundenen Folgen hier, wo die Partei die nach §. 674 ihr obgelegene Beweisantizipation schon versäumt hat, und ihr nur zur Nachholung des Versäumten nach § 674 a. noch eine Art Gnadenfrist bewilligt wird, zu schleppend wären, wurden jene gesetzlichen Folgen des Fristablaufs modifizirt. Namentlich soll, wie nach § 636 bei gesetzlichen Nothfristen, so auch hier der Rechtsnachtheil der Versäumniß ohne Anrufen der Gegenpartei und ohne richterliches Versäumungserkenntniß eintreten, während sonst bei blos richterlichen Fristen die Nachtheile der Versäumung nach §. 634 und 635 nur in so fern eintreten, als sie auf Anrufen des Gegentheils vom Richter durch Versäumungserkenntniß ausgesprochen sind, gegen welchen Ausspruch nach §. 638 u. s. f. sodann erst wieder die Wiederherstellung nachgesucht werden kann.

Im abgekürzten Verfahren soll nun diese Frist des §. 674 a. selbst nur die Stelle der Wiederherstellungsfrist des § 638 vertreten. Es liegt, wenn es zur Anwendung des §. 674 a. kommt, schon eine Versäumung der im §. 674 vorgeschriebenen Beweisantizipation vor, welche durch die Nachholung des Beweises nach der richterlichen Anweisung des §. 674 a. innerhalb der bezeichneten Frist wieder gut gemacht werden kann.

Nach dem Grund und Geist des Gesetzes muß also die Frist des § 674 a. auch in Bezug auf ihre Unerstrecklichkeit gleich der Wiederherstellungsfrist des §. 638 die Natur einer Nothfrist haben.

Ad 4) Endlich wird auch diese Frage mit nein beantwortet werden müssen. Denn wäre sie zu bejahen, so hätte nothwendig dieser Ausnahmsfall den im §. 1175 aufgeführten, in welchen die Appellation ohne Rücksicht auf die Beschwerdesumme statthaft ist, ausdrücklich beigefügt werden müssen, da sich bekanntlich Ausnahmen nicht von selbst verstehen, sondern namentlich und speziell im Gesetz ausgedrückt werden sollen. Ohne diesen ausdrücklichen Zusatz vermag die Statthaftigkeit der Appellation durch die bloße Bestimmung der Novelle: daß diese Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden können, — für sich allein gewiß nicht begründet zu werden, und dieß um so weniger, als, wie bereits bemerkt, der Artikel 7 der Novelle, vermöge seiner höchst singulären Beschaffenheit, keinerlei ausdehnende, von dem bestehenden Rechte noch mehr entfernende Erklärung gestattet. Der Artikel 7 setzt daher in der erwähnten Bestimmung die Zulässigkeit des höheren Rechtszugs im einzelnen Falle, nach Maßgabe der §§. 1172 — 1175 gewiß als schon begründet voraus, ohne einen neuen Grund für die Zulässigkeit der Appellation, welcher nothwendig als eine besondere Bestimmung unter dem Titel von der Appellation ausdrücklich hätte aufgeführt werden müssen, festsetzen zu wollen. *)

Diese Unerstrecklichkeit ergiebt sich ferner daraus, daß nach §. 674 a. Zusatztage berechnet werden, was da, wo die Frist erstreckt werden kann, nicht nöthig ist, daher sonst nie bei richterlichen Fristen, sondern nur bei einigen Nothfristen (§. 638, Abs. 2 und §. 1191) vorkommt, — ferner aus dem Beisatze, daß die Frist 14 Tage nicht überschreiten dürfe, ohne daß dabei wie im §. 1217, wo eine ähnliche Bestimmung vorkommt, die Erstreckung besonders vorbehalten wäre, — endlich aus dem Abs. 2 des §. 674 a., wo gesagt ist:

„nach fruchtlosem Ablaufe der Frist können diese Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden,“

d. h. nach dem Ablauf der im 1. Abs. des §. 674 a. bestimmten Frist, „welche 14 Tage nicht übersteigen darf.“

D. R.

*) Dies ist so klar, als daß zwei mal zwei vier macht.

Wären die Worte: „in derselben Instanz“ — im §. 674 a. nicht aufgenommen, so hätte man etwa auf den Gedanken kommen können, daß, weil die Frist des §. 674 a. nur eine Art von Wiederherstellungsfrist ist, nach §. 1221 Nr. 7 der Nachtrag des versäumten Beweises auch in höherer Instanz nicht mehr Statt finde. Um aber einer solchen Auslegung zu begegnen, wurden jene Worte: „in derselben Instanz“ — eingeschaltet, und dadurch angedeutet, daß die Nachholung in zweiter Instanz wieder Statt finde. Ein kurioser Einfall ist es aber, anzunehmen, daß man auf die Versäumnisse noch eine Prämie habe setzen und als eine Folge der Versäumniß dem säumigen Theile auch da, wo sonst keine Appellation statthaft ist, eine solche habe einräumen wollen.

D. R.

Digitized by Google

Ist nun aber hierdurch die Ueberzeugung wirklich begründet, daß in einem Fall, welcher sich zufolge der im §. 1172 — 1175 enthaltenen Bestimmungen nicht zum höheren Rechtszug eignet, durch den Umstand allein die Zulässigkeit der Appellation nicht bewirkt wird, daß in Gemäßheit des Artikels 7 der Prozeßnovelle der noch fehlende Beweis innerhalb der vom Richter bestimmten Frist nicht nachgetragen worden ist, — so erscheint alsdann die Frage um so wichtiger, wie es in einem solchen Falle zu halten sei, wenn eine Parthie durch Krankheit, Abwesenheit oder höhere Gewalt verhindert war, den Beweis binnen der gedachten Frist nachzutragen, und der Richter auf den Grund des Artikels 7 der Novelle nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist bereits in der Hauptsache entschieden hat?

Hier sind wir, so empfindliche Nachtheile auf diese Weise eine Partei ohne ihr Verschulden treffen können, von einer in dem Gesetze vorgesehenen Abhülfe verlassen. Die §§. 1204 und 1205 der Prozeßordnung sind auf einen solchen Fall nicht anwendbar, weil diese die Statthaftigkeit der Appellation voraussetzen, und eben so wenig der §. 661, weil dieser nur die Wiederherstellung gegen Versäumungserkenntnisse im Auge hat, ein solches Urtheil aber, wie es der Artikel 7 der Novelle vorschreibt, kein Versäumungserkenntniß ist. Endlich ist auch eine Wiederherstellungsklage nicht statthaft, weil sich keine der in den §§. 1251 — 1265 der Prozeßordnung bestimmten Voraussetzungen dazu findet. *)

Wären auch die übrigen hier abgehandelten Punkte von weniger Erheblichkeit, so dürfte doch vielleicht dieser letzte einige Beachtung verdienen.

A. Eckert,
Amtsadvokat.

II.

Ueber die Verwerfung von Parteien-Anträgen ohne vorherige Anhörung der Gegenparthie.

In Nr. 24 des Jahrgangs 1838 — der Annalen wird die Frage behandelt, wiefern der Richter befugt sei, einen nach L. R. S. 1341 unzuläßigen Zeugenbeweis ohne vorherige Einvernahme der Gegenparthie von amtswegen zu verwerfen. Der Einsender giebt dem Richter dies Recht, die Redaction bestreitet dasselbe. Bei der Wichtigkeit der Frage erlaube ich mir ebenfalls einige Worte zu dieser Discussion beizutragen.

Die Redaction stellt den Satz auf: Nur die Klage darf von amtswegen als unstatthaft verworfen werden. Bei Einreden, Repliken und andern Anträgen ist dies nicht erlaubt. Ich kann diese Ansicht nicht für richtig halten, und glaube, daß ihre praktische Geltendmachung für den Prozeßgang nicht sehr förderlich seyn dürfte. Der Gärtner, der einem Baum einen starken und geraden Wuchs geben will, schneidet die Wasserschößlinge und unnöthigen Triebe ab, ohne ängstlich zu überlegen, ob nicht die Schonung derselben vielleicht doch möglich wäre. Auch dem Richter entziehe man nicht die Befugniß, das verdunkelnde Strauchwerk eines verwickelten Prozesses zu lichten, um den Sonnenstrahlen der Wahrheit das Eindringen möglich zu machen. Es ist in der Praxis leider nur zu gut bekannt, wie Sachwalter und Parthien häufig, um durch den Grundsatz der Eventual-Maxime nicht beschädigt zu werden, oder um den Prozeß hinzuhalten, und zu verwirren, mit einem Schwall von Anträgen auch die einfachste Sache compliziren, daß eine ruhige und sichere Prozeßleitung kaum möglich ist, und der Richter nur durch eine strenge Sichtung des Erheblichen vom Ueberflüssigen sich in den Stand setzen kann, den Faden des Prozeßganges im Auge zu behalten.

Wenn man hiernach annehmen darf, daß es im Interesse einer geordneten Rechtspflege wünschenswerth ist, daß der Richter alle irrelevanten Anträge ohne vorheriges Anhören der Gegenparthie verwerfen dürfe, so frägt es sich nur noch, ob die Prozeßgesetzgebung dagegen ist. Ich kann mich davon nicht überzeugen. Eine Einrede wird nach §. 293 der Prozeßordnung im Wesentlichen wie eine Klage behandelt, und wenn die Einrede unbestimmt oder unvollständig vorgetragen worden ist, so wird der Beklagte zur Verbesserung aufgefordert, nach §. 364 der Prozeßordnung, gerade wie es nach §. 248 von der Klage bestimmt ist.

---

*) Wenn eine Partei die im §. 674 vorgeschriebene Beweisantizipation versäumte, und diese Versäumniß innerhalb der nach §. 674 a. ihr anberaumten Frist wieder gut zu machen wegen Krankheit ꝛc. außer Stande ist, so hat sie ihren Verlust keineswegs allein diesem letztern Zufalle, sondern in Verbindung mit demselben in Bezug auf die unterlassene Beweisantizipation auch ihr eigenes Saumsal zuzuschreiben, so fern die Sache von der Art ist, daß ein weiterer Rechtszug nicht Statt findet, in welchem das Versäumte wieder nachgeholt werden könnte.

Es geht ihr dabei nicht schlimmer, als wenn sie im ordentlichen Prozeß im Beweisverfahren ein ihr noch zu Gebot gestandenes Beweismittel in der wirklich stattgehabten Beweisantretung geltend zu machen versäumt, und gegen das darauf ergehende Enderkenntniß alsdann keine Appellation zuläßig ist. Auch in diesem Falle hat sie kein Mittel, das Versäumte wieder gut zu machen; und wenn im Falle des §. 674 a. das Gesetz gestattet, innerhalb einer kurzen Frist das Versäumte noch nachzuholen, so ist nicht gerade nothwendig, daß ihr auch dann, wenn diese Feist, obgleich diesmal ohne ihr Verschulden, wieder unbenützt abläuft, nochmals eine neue Vergünstigung zu statten komme.

Man könnte zwar auch eine solche neue Vergünstigung noch billig finden, allein auf der andern Seite kann man auch sagen, daß die Mittel und Wege, seine Rechte geltend zu machen, nicht zum Nachtheil der Schnelligkeit der Justiz zu sehr erweitert werden sollen, besonders in einer Sache, in welcher wegen ihrer Geringfügigkeit auch das Rechtsmittel der Appellation ausgeschlossen ist. D. R.

Digitized by Google

Dieſelbe Analogie wird auch bei einer offenbar unerheblichen Einrede Statt finden können. Wenn der Richter aus dem Vortrag der Klage ſchon ihre rechtliche Unzuläßigkeit erkennen kann, ſo kann er es ebenſo gut aus dem Vortrag einer Einrede, nur wird er hier ſo viel wie möglich die Erlaſſung unnöthiger Nebenbeſcheide vermeiden, weil hierdurch nur die Sache verzögert würde. Wenn aber z. B. A eine Darlehensforderung von 100 fl. einklagt und B das Darlehen anerkennt, aber als Einrede vorſchützt, er habe vor 14 Tagen die Forderung an den A zahlen wollen, dieſen aber nicht zu Hauſe getroffen, und ſei darum nichts mehr ſchuldig, — ſo wird der Richter die Vernehmlaſſung nicht zum Vortrage der Repliken an den Kläger hinausgeben, ſondern ohne Weiteres das Endurtheil erlaſſen.

In der Inſtanz der Beweismittel iſt es aber noch von viel größerer Wichtigkeit, dem Richter das Recht eines Rejectoriums nicht zu entziehen, weil gerade hier erſt der Prozeßgang recht complicirt wird. Das gemeine Recht, welches hier die Grundlage unſeres Prozeſſes bildet, hatte auch nicht den mindeſten Zweifel hierüber, wie z. B. ein guter Praktiker Danz (Prozeßrecht Ausgabe v. J. 1791) von dem Zeugenbeweis im §. 302, vom Urkundenbeweis §. 323, vom Augenſchein §. 344 und vom Eid §. 373 ganz beſtimmt behauptet. Es läßt ſich aus der Prozeßordnung kein Beweis liefern, daß hier das badiſche Recht vom Gemeinen abweiche, vielmehr ſcheint mir die Prozeßordnung in einzelnen Andeutungen denſelben Grundſatz auszuſprechen. *) Der §. 579 ſagt dies von der Eideszuſchiebung mit dieſen Worten, und für die übrigen Beweismittel ſprechen dieſelben Gründe, wie für das Beweismittel des Eides. Von dem Urkundenbeweis läßt ſich dies aus dem Inhalte des §. 418 der Prozeßordnung ſchließen. Es wird dem Beweisführer erlaubt, mit der Beweisantretung eine Ausführung über die Zuläßigkeit und Erheblichkeit des Beweismittels zu verbinden. Dieſe Ausführung kann viel bequemer und zweckmäßiger auf das Schlußverfahren über das Ergebniß des Beweiſes verſpart werden, und hätte ſonſt hier keine andere Folge, als durch ein zu frühzeitiges Einmiſchen von Rechtsdeductionen dem Richter das mühſame Geſchäft der Prozeßleitung zu erſchweren. Aber gerade die Furcht, das Beweismittel gleich anfangs vom Richter verworfen zu ſehen, kann es den Parteien räthlich und wünſchenswerth machen, ſchon hier Rechtsausführungen vorzutragen, um eine ſolche Zurückweiſung des Beweismittels zu verhindern.

Hinſichtlich des Zeugenbeweiſes kann dieſelbe Beſtimmung in den Worten des §. 463 gefunden werden. Dieſer §. verordnet:

„Unzuläßige Zeugen werden nunmehr (d. h. nach dem Vortrag der Beweiseinreden) vom Richter, und zwar durchaus unzuläßige auch von Amtswegen verworfen, ebenſo auch die als völlig unerheblich und unzuläßig befundenen Beweisartikel und Fragſtücke inſofern nicht ſchon früher die Verwerfung ausgeſprochen wurde."

Dieſer Satz erlaubt alſo dem Richter, ganz unzuläßige Zeugen von Amtswegen zu verwerfen. Die beſchränkende Partikel „nunmehr" könnte zwar zu dem Schluß führen, daß dieſe Verwerfung erſt nach dem Vortrag der Beweiseinreden ausgeſprochen werden dürfe, aber es läßt ſich einmal kein Grund abſehen, warum der Gegner über einen Zeugen zu hören iſt, der von Amtswegen verworfen werden muß, und dann kann der Nachſatz „in ſo fern nicht ſchon früher die Verwerfung ausgeſprochen worden iſt" eben ſo wohl auf den Vorderſatz (die Verwerfung der Zeugen) bezogen werden, und geht nicht blos den Nachſatz an (die Verwerfung der unerheblichen und unzuläßigen Beweisartikel und Fragſtücke). *)

Hinſichtlich der Sachverſtändigen wird wohl die Analogie des Zeugenbeweiſes zuläßig ſeyn, da ſie Zeugen über Fragen der Kunſt ſind. Was endlich den Augenſchein betrifft, ſo wird man am allerwenigſten dem Richter zumuthen, ſeine koſtbare Zeit durch Vornahme eines zeitraubenden Augenſcheins zu vergeuden, wenn er ſchon vorn weg ganz offenbar ſieht, daß der Augenſchein hier nicht den mindeſten Beweis liefern könnte. **)

Ich glaube, man wird ſich am leichteſten von der Richtigkeit dieſer Ausführung überzeugen, wenn man die Sache auf die Spitze treibt, und Fälle annimmt, wie ſie in der Wirklichkeit freilich ſelten vorkommen werden, aber für den Un-

*) Eine allgemeine Beſtimmung hierüber iſt nicht nöthig, wie denn die leitenden Grundſätze einer Geſetzgebung ſelten in allgemeinen Sätzen ausgeſprochen ſind, weil ſonſt das Geſetzbuch die Form eines Lehrſyſtems erhielte.

*) Der §. 460 der Prozeßordnung, welcher für die gegentheilige Anſicht geltend gemacht wird, kann dieſe nicht ſtützen, denn auch nach der von mir vertheidigten Anſicht wird der Richter in vielen Fällen die Beweisantretung dem Gegner mittheilen müſſen, wo dann die Unzuläßigkeit des Zeugenbeweiſes erſt durch die vorgebrachten Beweiseinreden hervorgehoben wird.

**) Man darf nicht überſehen, daß nur beim Zeugenbeweis (und dem analogen Beweis durch Sachverſtändige) eine ſelbſtſtändige Friſt zum Vortrag der Einrede gegeben werden muß, bei den andern Beweismitteln wird gleich der Beweis erhoben, und es iſt Sache des Produkten, ob er ſeine Einrede vorher oder nachher vortragen will, arg. §. 423 beim Urkundenbeweis, §. 555 beim Augenſchein (jedoch mit der Beſchränkung des §. 556) und §. 580, 582 beim Eide.

Digitized by Google

verstand und die Chikane nicht unmöglich sind, z. B. A behauptet dem B im Wirthshause die Zeche gezahlt zu haben, und verlangt die Rückerstattung dieses Darlehens. Wenn nun in der Beweisantretung der Beweisführer eine Beaugenscheinigung des Wirthshauses verlangt, worin die Zeche gezahlt wurde, so liegt die Unerheblichkeit des Beweises auf platter Hand, und der Richter wird den Augenschein gleich vorn weg verwerfen, ohne die Tagfahrt zur Vornahme desselben anzusetzen, und etwaige Einreden des Gegners abzuwarten. Oder, wenn zum Beweis für den Kauf eines Hauses eine quittirte Schlußrechnung producirt wurde, so könnte man dem Richter doch nicht aufbürden, hier, um dem Gegner den Vortrag der Einrede möglich zu machen, eine Produktion der Urkunde anzuordnen, welche vielleicht mit großem Aufwand weit her requirirt werden müßte. Man kann hingegen freilich einwenden, daß einem vernünftigen Bürger solcher Unsinn nicht zuzutrauen sei, und daß auf solche exorbitante Möglichkeiten das Gesetz keine Rücksicht nehmen könne. Aber ich berufe mich hier auf die Erfahrung der Executionsbeamten. Wie oft glauben Handwerker, Taglöhner und derartige Leute ihr Recht durch Urkunden u. s. w. zu erweisen, wo man nicht begreift, wie man hieraus den Beweissatz deduciren kann. Und daß auch die Chikane sich so weit verirren könne, zeigt das Curiosum in Nr. 23 der vorjährigen Annalen. Soll hier der arme Beamte, welchem das perplexe Beweisinterlokut entschlüpft war, in propriam ignominiam Tagfahrt zur Produktion des Landrechts ansetzen, und den Gegner mit den Einreden über die sachverständige Gesetzgebungskommission hören?

Ich glaube hiernach, daß man dem Richter das Recht einräumen müsse, jeden irrelevanten Antrag von Amtswegen ohne vorheriges Anhören der Gegenpartei zurückzuweisen.

Es knüpft sich daran eine andere Frage, die mir viel bedenklicher scheint, nämlich, wie es zu halten ist, wenn der Gegner ein irrelevantes Beweismittel nicht beanstandet, sondern ausdrücklich mit dessen Erhebung zufrieden ist, also z. B. einem unzulässigen Zeugen eine unerhebliche Urkunde oder einen irrelevanten Eid annimmt. Hier ließe sich sagen, daß die Partei frei über ihre Rechte verfüge (§ 188 der Prozeßordnung), also auch den Erfolg des Rechtsstreites von einer irrelevanten Beweisantretung abhängig machen könne. Der Rechtsstreit würde dann in eine Art schiedsrichterlichen Verfahrens übergehn. Aehnliche Fälle müssen in denjenigen Gesetzgebungen öfters vorkommen, wo das Beweisurtheil die Rechtskraft beschreitet, und nunmehr durch ein solches rechtskräftiges Urtheil der Erfolg des Prozesses von einem unerheblichen Beweisthema abhängt. Aber auch hier muß wohl der Grundsatz „probatio fit judici" entgegengehalten werden, wornach der Richter nur zu entscheiden hat, ob eine bestrittene Thatsache ihm als gesetzlich konstatirt erscheine. Auch mußte hier jedenfalls erwogen werden, ob nicht politische Gründe der Erhebung des Beweises entgegenstünden. So würde die Heiligkeit des Eides nicht erlauben, die Sache auf einen irrelevanten Eid zu stellen, die hier als ein unerlaubter Privateid erschiene. Eben so wenig durfte der Richter neue Zeugen abhören, der nach §. 507, Nr. 3 — 7 der Prozeßordnung durchaus unzulässig ist. Wohl aber könnte man einen Zeugen gegen L. R. S. 1341 oder ein Hausbuch als Beweis für den Aufzeichnenden gelten lassen.

Wilhelm Brauer.

III.

Auslegung des §. 369 der Prozeßordnung.

Am 24. November 1836 wurde bei großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises Beschwerde wegen Justizverzögerung auf den Grund des §. 369 der Prozeßordnung geführt, welche ihre Erledigung durch Beschluß vom 18. Januar 1837 Nr. 591 gefunden hat, lautend:

In Erwägung, daß in der Duplik Vergleichsvorschläge gemacht wurden, worüber die Gegenpartei zu hören war;

In Erwägung, daß nur wenige Tage nach 4 Wochen von dem letzten Parteivortrag de praes. 17. October das Urtheil vom 24. Novemb. gegeben wurde, Prozeßordnung §. 369, eine Verzögerung, welche wohl in der Masse der Dienstgeschäfte ihre Entschuldigung finden mag;

In Erwägung, daß jedenfalls durch die Erlassung des Bescheids der Grund der Beschwerde gehoben erscheint.

Aus diesen Gründen hat die Beschwerdeführung unter Verurtheilung des Beschwerdeführers in die Kosten auf sich zu beruhen.

Anmerkung. Einsender erlaubt sich zu fragen:

1) wenn der Ablauf von 10 Tagen nach verflossenen 4 Wochen von Uebergabe des letzten Parteivortrages eine Beschwerdeführung im Sinne des §. 369 der Prozeßordnung nicht begründet, wieviel Zeit dann erfordert wird, damit die Beschwerdeführung begründet sei?

2) Ob die Vorschrift des §. 369 der Prozeßordnung nach dieser Auslegung gegen Untergerichter noch zur Anwendung gebracht, beziehungsweise darauf eine Beschwerdeführung gegründet werden könne?

3) Ob die Beurtheilung der Geschäftsmasse und Geschäftsüberhäufung einer Stelle zu dem Geschäftskreis der Justiz- oder Administrativbehörde gehöre, besonders da der §. 369 der Prozeßordnung eine solche Entschuldigung nicht kennt?

X.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 6. Karlsruhe den 9. Februar 1839.

I.

Ueber den Begriff eines Geständnisses im Civilprozeß. Rechtsfall, entschieden von großherzoglichem Oberhofgericht.

Ronecker gegen Ronecker.

In einer bei dem Bezirksamt Oberkirch erhobenen Klage behauptete der Kläger folgende Thatsachen:

In Oppenauer Gemarkung besitze er längs dem Ufer des Leierbachs eine Matte, welche er mittels eines Deichs oder Wehrs, der der Matte das Wasser zuwende und zu dessen Errichtung er allein berechtigt sei, wässere. In der Nähe dieser Matte besitze auch der Beklagte eine solche, welche vermöge ihrer Lage mit dem nöthigen Wasser nicht versehen werden könne. Durch Uebereinkunft vom 13. September 1820 habe er dem Beklagten bewilligt, seinen Deich in der Art mitzubenutzen, daß er durch Anlegung eines Wässerungsgrabens seiner Wiese das nöthige Wasser zuführen könne. Dabei habe er sich aber ausdrücklich vorbehalten, daß er dem Beklagten diese Dienstbarkeit nur Behufs der Wiesenwässerung einräume, und so sei auch der Vertrag im Kaufcontractenbuch eingetragen.

Beklagter habe jedoch begonnen, eine Sägemühle zu errichten, welche durch das Wasser betrieben werden solle, das Beklagter aus dem Deich erhalte. Dies sei der eingeräumten Dienstbarkeit zuwider und füge seiner (des Klägers) eignen Mühle Schaden zu.

Die Klagbitte ging dahin:

zu erkennen, der Beklagte sei nicht berechtigt, das Wasser durch die ihm vom Kläger bewilligte Wasserleitung zum Betrieb einer Sägmühle und überhaupt nicht anders befugt zu benutzen, als zur Wässerung seiner Wiese.

Die in einem amtlichen, in Gegenwart des Beamten aufgenommenen und von einem Aktuar beglaubten Protokoll enthaltene Vernehmlassung des Beklagten lautet wörtlich wie folgt:

Gegen das Thatsächliche, was in dieser Klage angeführt wird, habe ich nichts einzuwenden, namentlich anerkenne ich, daß

1) am 13. September 1820 zwischen den Joseph Roneckerschen Eheleuten und mir und meiner Ehefrau, Magdalena Ronecker über einen Theil des Hofguts des Klägers ein Kaufvertrag abgeschlossen worden ist, und daß namentlich unter Nummer 5 der Kaufurkunde, welche ich hiermit vorlege, die Bedingung beigefügt worden ist, daß ich mit den Verkäufern das gemeinschaftliche Recht haben solle, aus dem Bache die Matten zu wässern, jedoch mit der Bedingung für mich, daß ich den Deich allein erhalten muß.
2) Habe ich die Concession zur Errichtung einer Sägemühle durch Staatsministerialreskript erhalten.
3) Dieses Werk soll durch das Wasser betrieben werden, welches der Kläger zu meiner Matte abgegeben hat. Das Recht zur Errichtung einer Sägemühle ist mir von der höchsten Staatsbehörde bewilligt worden; aus dieser Bewilligung folgt von selbst auch das Recht, daß ich das nöthige Wasser dazu verwenden darf und zwar aus dem Grund, weil der Bach Eigenthum des Staats ist, welcher einzelnen Staatsangehörigen die Benutzung von Staatseigenthum nach Gutdünken gestatten kann.

Auch ist gegenwärtig vorliegende Klage bei den Administrativstellen hinlänglich erörtert worden, denn der Kläger hat bei allen Administrativstellen Protestationen gegen mein Gesuch eingelegt, fand aber kein Gehör. Daraus folgt, daß die Staatsbehörde keine Verletzung von Privatrechten in dieser Bewilligung erkennt und ich stütze mich daher ganz einfach auf die Thatsache, daß das Recht zur Errichtung einer Sägemühle mir von der obersten Staatsbehörde ertheilt worden ist, worauf ich nunmehr beharre und das Richteramt ersuche, mich gegen unbefugte Störungen des Klägers zu schützen.

Ich trage darauf an, die Administrativakten einzusehn, welche in dieser Sache erwachsen sind und dann übereinstimmend mit den frühern Entscheidungen, welche auf nichts anders, als das Recht gestützt seyn werden, den

Digitized by Google

Kläger unter Verfällung in sämmtliche Kosten abzuweisen.

Dieses Protokoll schließt mit der Bemerkung, daß der Beklagte dessen Unterschrift verweigert habe.

In dem vom Beklagten in beglaubter Form vorgelegten Auszug aus dem Kaufvertrag ist weiter nichts angeführt, als:

Weiter wurde anbedungen, daß Käufer mit dem Verkäufer das gemeinschaftliche Recht aus dem Bache ihre Matten zu wässern haben sollen, jedoch muß erster Theil (Käufer) den Deich allein in seinen Kosten tragen.

In 2. Instanz trug der Beklagte noch vor:

1) Das Wasser gelange nicht über das Eigenthum des Klägers auf seine Wiese. Die Wiese des Klägers befinde sich nämlich auf der rechten, die des Beklagten auf der linken Seite.
2) Das Wehr oder Deich, durch welchen das Wasser auf die Wiese des Beklagten geleitet werde, sei nicht Eigenthum des Klägers.
3) Nach dem Kaufvertrag sei das Recht der Benutzung des Wassers gemeinschaftlich, Kläger habe daran nicht mehr anzusprechen, als der Beklagte, nur habe dieser die Kosten der Unterhaltung des Deichs zu tragen.
4) Wenn das Wehr früher bestanden, so habe es für die verkaufte Wiese bestanden, und es sei demnach auch das Eigenthum desselben mit der Wiese auf den Beklagten übergegangen.
5) Habe das Wehr früher nicht bestanden, so müsse angenommen werden, daß es später von dem Beklagten errichtet worden.
6) Kläger habe aus dem Deich oberhalb der neuen Sägemühle nie gewässert, nie wässern können, indem dort seine Wiesen aufhörten.
7) Kläger habe immer gewässert, und wässere noch durch einen Graben, welchen er oberhalb der Sägemühle eingeschnitten.
8) Erst in der neuesten Zeit habe Kläger auch oberhalb seiner Mahlmühle ein Wehr angelegt, um der Sägemühle des Beklagten das Wasser zu entziehen.
9) Das streitige Wasser, der Leirbach, sei Eigenthum des Staats und als solcher nicht Gegenstand eines Vertrags.

Das großherzogliche Oberhofgericht erkannte nach dem Klagantrag.

Die Entscheidungsgründe, so weit sie hierher gehören, waren folgende:

„6) Die Beurtheilung der Hauptsache hängt von der Frage ab, welche rechtliche Folgen sich aus jenen Thatsachen ergeben, die der Kläger in seiner Klage angeführt, und der Beklagte in seiner Vernehmlassung zugestanden hat? In der Klage ist nun angeführt, daß der Kläger eine ihm zugehörige an dem Ufer des Leirbach gelegenen Matte mittels eines Deichs oder Wehrs, welches ihm das Wasser des Flusses zuwende, und zu dessen Errichtung er allein berechtigt sei, wässere, daß der Beklagte ebenfalls eine Matte besitze, welche aber vermöge ihrer Lage mit dem nöthigen Wasser nicht versehen werden könne, daß der Kläger dem Beklagten durch eine Uebereinkunft vom 13. September 1820 das Recht eingeräumt habe, seinen Deich in der Art mitzubenutzen, daß er durch Anlegung eines Wässerungsgrabens seiner Matte das nöthige Wasser zuwenden könne, wobei sich jedoch der Kläger ausdrücklich vorbehalten habe, daß er dem Beklagten diese Dienstbarkeit nur Behufs der Mattenwässerung einräume."

7) Der Beklagte hat einen Auszug aus dem Kaufkontractenbuch der Stadtgemeinde Oppenau vorgelegt, wornach die diesen Punkt betreffende Bedingung also lautet:

„weiter wurde anbedungen, daß Käufer mit den Verkäufern das gemeinschaftliche Recht, aus dem Bache ihre Matten zu wässern, haben soll, jedoch muß ersterer den Deich allein in seinen Kosten unterhalten."

Wäre es nun auch zweifelhaft, ob diese Vertragsbedingung in jener beschränkenden Art, wie der Kläger behauptet, auszulegen sei, so verschwindet doch jeder Zweifel, durch das Zugeständniß des Beklagten, daß sich diese Vertragsbedingung auf einen von dem Kläger gemachten Vorbehalt stütze, wonach er das Recht der Benutzung des durch den Deich abgeleiteten Wassers dem Beklagten nur zu seiner Mattenwässerung zugestanden habe.

Bemerkung des Einsenders.

Es dürfte sich fragen:

ob sich in der Einlassung des Beklagten, welche, wenn sie nicht vollkommen klar seyn sollte, jedenfalls aus den thatsächlichen Anführungen in II. Instanz zu erläutern ist, ein Zugeständniß findet, es sei bei dem Kaufvertrag vom 13. September 1820 bedungen worden, daß der Beklagte das streitige Wasser nur zur Wiesenwässerung zu benutzen berechtigt seyn solle.

Für die Annahme eines solchen Geständnisses scheinen zu sprechen

I. die Eingangsworte der Vernehmlassung:
„Gegen das Thatsächliche, was in der Klage angeführt ist, habe ich nichts einzuwenden,"

II. das zu 1 und 3 der Einlassung Gesagte.

Dagegen sprechen gegen die Annahme eines solchen Zugeständnisses folgende Gründe:

I. die Erklärung

Digitized by Google

Gegen das Thatsächliche, was in der Klage angeführt wird, habe ich nichts einzuwenden,

ist schon an und für sich viel zu unbestimmt, als daß darin das Zugeständniß einer speciellen Thatsache gefunden werden könnte. (Prozeßordnung §. 288.)

Auch ist unter dem Ausdruck „einwenden" nicht ein allgemeines Leugnen, sondern vielmehr nur Alles das zu verstehen, was der Beklagte nach erfolgter Einlassung noch vorzutragen hat, indem sich der Beklagte vor allen Dingen über die Wahrheit, oder Unwahrheit der in der Klage behaupteten Thatsachen zu erklären und nachher erst seine Einwendungen gegen die Erheblichkeit dieser Thatsachen und seine Einreden vorzutragen hat.

II. Der Absatz 1 der Vernehmlassung spricht nur von einem zwischen den Theilen gemeinschaftlichen Recht der Wiesenwässerung, nicht aber davon, daß bedungen worden, Beklagter dürfe das Wasser nur zur Wiesenwässerung benutzen.

Ebenso verhält es sich

III. mit dem Absatz 3 der Vernehmlassung, wo von einem Abgeben des Wassers zur Matte, ohne Anführung der Art der Benutzung des Wassers, folglich auch von keiner beschränkenden die Rede ist.

Es bildet aber auch

IV. der Absatz 5 des Kaufvertrags vom 13. September 1820, weil derselbe mit dieser in Abschrift zu den Acten gegeben worden ist, nicht nur einen integrirenden Theil der Einlassung, sondern dessen Inhalt, auf den sich der Beklagte hinsichtlich des Streitpunkts hauptsächlich bezogen, wird von demselben als den Streitpunkt entscheidend bezeichnet, weil er sich selbst auf denselben beruft.

Sollte hiernach noch ein Zweifel obwalten, ob der Beklagte in I. Instanz das gedachte Zugeständniß abgelegt habe, so hebt sich doch ein solcher Zweifel

V. durch das in II. Instanz Vorgetragene, denn die Behauptungen des Beklagten

1) nach dem Kaufvertrag sei das Recht der Benutzung des Wassers gemeinschaftlich, Kläger habe daran nicht mehr anzusprechen, als der Beklagte, nur habe dieser die Kosten der Unterhaltung des Deichs zu tragen und
2) das streitige Wasser sei Eigenthum des Staats und als solcher nicht Gegenstand eines Vertrags

widersprechen offenbar dem Zugeständniß einer Beschränkung des Rechts des Beklagten.

Endlich wird

VI. zur völligen Wirksamkeit eines Geständnisses erfordert: eine bestimmte deutliche in der Absicht zu gestehn abgegebene Erklärung, daß die vom Gegentheil behauptete Thatsache wahr sei.

Martins Civilprozeß 9. Ausgabe §. 128.

Es kommt daher bei Beurtheilung der Beweiskraft eines Geständnisses Alles darauf an, ob der, welcher ein Geständniß ablegt, dabei den Zweck hat, eine Schuldigkeit einzuräumen.

Danz, Grundsätze des gemeinen ordentlichen Civilprozesses 3. Auflage §. 292.

Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 4. Ausgabe §. 82 a, Archiv für civilistische Praxis Bd. 1, Heft 1, S. 41 und ff.

Eine bestimmte deutliche Erklärung des Beklagten, es sei wahr, daß das vom Kläger behauptete beschränkende Geding zwischen ihm und dem Kläger wirklich gemacht worden, ist aber von dem Beklagten nirgends abgegeben, dagegen hat derselbe seine Absicht, eine solche Beschränkung nicht einzuräumen, in seinen Erklärungen I. und II. Instanz klar und deutlich zu erkennen gegeben. Denn Beklagter behauptet in I. Instanz ausdrücklich das Recht, das Wasser zum Betrieb seiner Sägemühle benutzen zu dürfen. Er will gegen unbefugte Störungen des Klägers, was sich nur auf die Klage beziehen kann, geschützt seyn, und verlangt Abweisung der Klage. Er behauptet, das Wasser gelange gar nicht über das Eigenthum des Klägers auf seine Wiese; nach dem Kaufvertrag sei das Wasser gemeinschaftlich, Kläger habe daran nicht mehr anzusprechen, als er, und dergleichen mehr.

Nach allem diesem war nun durch Geständniß des Beklagten weiter nichts bewiesen, als die Wahrheit der Vertragsbestimmung, Beklagter dürfe als Käufer mit dem Kläger gemeinschaftlich seine Wiesen aus dem Leierbach bewässern. Hiermit war aber weiter nichts vertragen, als was dem Beklagten schon die Verfügung des L. R. S. 641 gestattet. Der Leierbach blieb nach wie vor als flozbarer Bach dem L. R. S. 538 gemäß Staatseigenthum, und die Concession auf einem an diesen Bach stoßenden Grundstück eine Sägemühle anzulegen, schließt auch die Ertheilung der Befugniß, sich hiezu des Wassers aus diesem Bach zu bedienen, in sich. Wenigstens lag kein Rechtstitel des Klägers vor, dem Beklagten dies zu untersagen, indem die weitere Behauptung des Klägers, daß er zur Errichtung eines Deichs oder Wehrs allein berechtigt sei, keine Berücksichtigung verdient, weil sie sich über den Ursprung dieses Rechts, nämlich das Rechtsverhältniß, aus welchem es dem Beklagten gegenüber abgeleitet werden will, nicht ausspricht.

O.-G.-Adv. v. Soiron.

Digitized by Google

II.

Können Strafurtheile, welche von den Aemtern incompetenter Weise erlassen wurden, von den Obergerichten ex officio abgeändert werden?

Theils bei Prüfung der Criminaltabellen, theils bei Vorlagen neuerer Untersuchungen gegen Individuen, welche schon früher von Aemtern bestraft wurden, erhalten die Hofgerichte bisweilen Kenntniß von incompetenter Weise erlassenen amtlichen Urtheilen, namentlich, daß z. B. ein Amt über das Verbrechen der Verwundung (im Sinne des §. 71 des Strafedicts) oder daß es über einen Diebstahl, welcher unter den gesetzlichen Begriff eines Dritten fiel, ihn als Ersten oder Zweiten ansehend, selbst geurtheilt hat.

Es ergaben sich nun häufige Meinungsverschiedenheit und abweichende Entscheidungen über die Frage:

Ob in solchen Fällen das Obergericht auf erlangte Kenntniß des Urtheils, ohne daß der Beschuldigte, oder ein sonst zum Recurs Berechtigter gegen irgend eine Bestimmung des Urtheils den Recurs zum Rechte ergriffen hatte, befugt sei, das Urtheil ex officio wieder aufzuheben, resp. zum Nachtheile des Inculpaten abzuändern?

Bald nahm man an, daß das unterrichterliche Erkenntniß, so weit es den einzelnen Straffall betrifft (nicht aber hinsichtlich seines Einflusses auf spätere Straffälle), zu Gunsten des Angeschuldigten rechtskräftig geworden, zu dessen Nachtheile daher keiner Abänderung mehr fähig sei; bald hob man den unterrichterlichen Bescheid auf und erließ, indem man glaubte, nachträglich die eigne Competenz handhaben zu müssen, ein neues Erkenntniß.

Die Frage möchte, ohne daß es der Würdigung der, in der Doctrin bestehenden, in unserer Gesetzgebung nicht entschiedenen Controverse, über die Rechtskraft der Straferkenntnisse bedarf, nach folgenden Gesichtspunkten zu beantworten seyn.

Da die Abänderung des Straferkenntnisses (in dem fraglichen Falle) nicht im Interesse des Angeschuldigten, sondern deßhalb, daß er die nach dem Gesetze wohlverdiente Strafe erleide, also im allgemeinen Interesse der Strafgerechtigkeitspflege, eintreten soll, so wäre die Handlung, wodurch die Prüfung und Abänderung des amtlichen Urtheils veranlaßt wird, wenn auch nicht der Form, doch dem Wesen nach, eine Art von Recurs Namens des Staats oder des Gesetzes, gegen die Entscheidung des Untergerichts.

Zu Ergreifung eines Recurses dieser Art kann nun nur diejenige Behörde befugt seyn, welcher nach den organischen Vorschriften über den Geschäftskreis der einzelnen Staatsbehörden, die Aufsicht über die richtige Verwaltung der Strafrechtspflege übertragen ist. — Diese Aufsicht kömmt nach dem Organisationsedicte von 1809 Beilage F, §. 13, nur dem großherzoglichen Justizministerium zu. — Es würde daher folgeweise die hofgerichtliche Competenz zu Prüfung und (bezirkungsweise) Aufhebung oder Abänderung eines amtlichen Urtheils nur dann eintreten, wenn jene Aufsichtsbehörde im einzelnen Falle den Recurs ergriffen, d. h., wenn nach Maßgabe der Stellung der Behörden und den üblichen Geschäftsformen das großherzogliche Justizministerium im einzelnen Falle das Hofgericht beauftragt hätte, das amtliche Urtheil einer Prüfung zu unterwerfen.

Das Gesetz vom 3. August 1837 hat zwar im Wirkungskreise des großherzoglichen Justizministeriums in Strafsachen eine theilweise Abänderung getroffen; jedoch nur hinsichtlich derjenigen Sachen, welche bei den Hofgerichten selbst in erster Instanz wirklich abgeurtheilt werden, indem hier den Staatsanwälten die allgemeine Vollmacht gegeben wurde, die Entscheidungen der Hofgerichte, wenn sie den Erfordernissen der Gerechtigkeit nicht zu entsprechen scheinen, einer nochmaligen Prüfung, mittelst eines Recurses an das großh. Oberhofgericht zu unterwerfen. Hinsichtlich der amtlichen Urtheile blieb es aber bei der frühern Regel, den einzigen Fall ausgenommen, daß §. 9 des neuen Gesetzes den Verwaltungsbehörden, die ein, ihren Wirkungskreis berührendes Vergehen dem Untersuchungsrichter angezeigt haben, gegen das, von diesem selbst gefällte Urtheil an das Hofgericht recurriren dürfen.

Es ist zwar durch eine besondere Justizministerialverfügung den Staatsanwälten die Prüfung der amtlichen Criminaltabellen, als Theil des Respiciats bei den Hofgerichten, zugewiesen worden. Daraus folgt aber nicht, daß die Staatsanwälte, wenn sie aus den Tabellen eine Competenzüberschreitung der Aemter ersehen, die Abänderung des betreffenden Urtheils bei den Hofgerichten begehren dürfen, da sie das Gesetz auf das Recht gegen hofgerichtliche Urtheile zu recurriren, beschränkt hat. Wollen sie in der fraglichen Beziehung im Interesse der Strafrechtspflege wirken, so mögen sie dem großh. Justizministerium von der entdeckten Competenzüberschreitung die Anzeige machen und bei jener Aufsichtsbehörde eine Verfügung erwirken, welche das Hofgericht mit Prüfung des amtlichen Urtheils beauftragt.

Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 7. | Karlsruhe den 16. Februar 1839.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall. — Folgen des versäumten Beitrittes zur Streitverkündung.

Schreinermeister H. in K. hatte eine bedeutende Lieferung von Mobilien nach Zürich übernommen, und deren Spedition dem Handelsmann S. in K. übertragen: Letzterer veraccordirte den Transport an den Fuhrmann F. M. in L., welcher auch wirklich, theils selbst, theils durch einen von ihm aufgestellten Schweizer Fuhrmann jene Mobilien in 15 Kisten verpackt, nach Zürich verführte. Der Besteller machte jedoch alsbald dem Schreiner H. die Anzeige, daß ein großer Theil der Mobilien in beschädigtem Zustande angekommen sei, er erwies durch eine aufgenommene Notariatsurkunde, daß eilf von den fünfzehn Kisten nicht nach der auf denselben ersichtlichen Bezeichnung (oben) sondern entweder ganz verkehrt, oder auf der Seite gelegen haben, und daß sich auf dem Wagen außer diesen Kisten auch noch zwei Oelfässer befanden. Der Umfang des Schadens wurde durch Rechnungen über die gefertigten Reparationen u. s. w. belegt, und vom Besteller der Mobilien an der Accordssumme in Abzug gebracht.

Dies gab Anlaß zu einem Rechtsstreite zwischen dem Spediteur S. und dem Schreinermeister H., welchen jener auf Zahlung der bedungenen Speditionsprovision belangte. S. verkündigte dem Fuhrmann F. M. den Streit, doch ohne daß der Aufgeforderte in denselben sich einließ. S. wurde durch unterrichterliches Urtheil mit seiner Klage abgewiesen, nachdem der Beweis der stattgehabten Beschädigung durch die Notariatsurkunde als hinlänglich geführt angenommen, und für den Umfang des Schadens Beklagter zur Ergänzung der vorgelegten Bescheinigungen durch den Schätzungseid zugelassen worden war.

Kläger nahm nun beim Oberamt L. seinen Rückgriff gegen den F. M., wurde aber aus dem doppelten Gesichtspunkte mit seiner Klage abgewiesen:

daß der Streitaufgeforderte nur dann als Partei betrachtet werden müsse, wenn er wirklich dem Streite beitritt, im andern Fall aber lediglich als tertius erscheine, und jener Prozeß für ihn als eine res inter alios acta betrachtet werden müsse,

und daß der Beweis über die Existenz des Schadens nicht einmal geführt sei, weil die Züricher Notariatsurkunde die Wirkung einer öffentlichen Urkunde nicht haben könne, weil ihr die Erfordernisse des §. 440 der Prozeßordnung abgehen.

In der Appellationsinstanz wurde dieses Urtheil dahin abgeändert:

daß Beklagter Appellat für schuldig zu erklären sei, die eingeklagte Entschädigungsforderung sammt Zinsen zu 6 pCt. vom Tage der Klage zu bezahlen, ingleichen die Kosten des früheren Rechtsstreites in Sachen Handelsmann S. gegen Schreiner H. zu übernehmen.

Es war nicht bestritten worden, daß der Fuhrmann nach A. S. 103 Ab. 2 für jeden Schaden verantwortlich sei, der nicht von höherer Gewalt oder Fehlern der Sache herrührt, zu welchen letztern etwaige Fehler der Verpackung allerdings auch zu rechnen sind. Beklagter hat indessen nicht direkt behauptet, daß eine solche fehlerhafte Verpackung Statt gefunden habe, sondern vornehmlich den thatsächlichen Klaggrund widersprochen, daher denn auch hierauf die Beweisauflage des Unterrichters gerichtet war, wenn schon anfänglich aus dem irrigen Gesichtspunkte, daß Kläger ein Verschulden des Beklagten zu beweisen verpflichtet sei.

Es ist sich zum Beweise des Schadens in quali & quanto auf die früheren Verhandlungen in Sachen des Handelsmanns S. gegen den Schreiner H. berufen worden, wo, gegen aber eingewendet wurde, daß diese Verhandlungen als res inter alios acta den Beklagten nicht berührten.

Die Prozeßordnung enthält zwar kein namentlich ausgedrücktes Präjudiz gegen den Litisdenunciaten, welcher der an ihn ergangenen Aufforderung zur Mitvertretung keine Folge leistet; wohl aber bestimmt sie die Wirkungen der Streitverkündung gegen denjenigen, der am Rechtsstreite Theil nimmt: er wird als Nebenintervenient zum Streitgenossen, mithin mittelbar bei der Sache betheiligt, und kann die

Digitized by Google

exceptio rei inter alios actae nicht weiter vorschützen, und während er Rechtsbehelfe aller Art vorbringen darf, welche dem Streitverkünder den Sieg Rechtens zu verschaffen geeignet sind, wird ihm dagegen keines seiner eigenen Vertheidigungsmittel entzogen. Prozeßordnung §. 115 —117, vergl. mit §. 95 f. — Ist nun dem Ausbleibenden ein größerer Rechtsnachtheil gesetzlich nicht anbedroht, so kann er doch als einer wohlbegründeten richterlichen Auflage keine Folge leisten, einen Vorzug vor demjenigen, welcher Folge geleistet hat, nicht erwarten, er muß sich also ganz so beurtheilen lassen, als wenn er am Streite wirklich Theil genommen, aber dessen Führung dem Aufforderer lediglich überlassen, und keine erheblichen Vertheidigungsmittel für letztern besessen hätte. Beklagter muß folglich, da er gegen die vom früheren Beklagten, Schreiner H. vorgeschlagenen Beweismittel damals nichts eingewendet hat, solche nun auch gegen sich gelten lassen, wobei es von keiner Erheblichkeit ist, daß der ausländischen Notariatsurkunde die Erfoderniße des §. 440 der Prozeßordnung mangeln, indem zum Beweise eines Schadens auch Privaturkunden zulässig sind, als wofür eine unförmliche öffentliche Urkunde nach Umständen noch immer gelten kann; überdies aber die Klage als in Rechten begründet unumwunden anerkannt ist, und Einreden, welche den Klaggrund zu entkräften geeignet wären, nicht vorgetragen worden sind.*)

Aus diesen Gründen, und da hier eine Handelssache vorliegt, wo die Verzugszinsen 6 pCt. betragen ꝛc.

Thilo.

II.

Ueber Ausstellung von Vermögenszeugnissen.

Zu den §§. 23 und 85 des neuen Bürgerannahmsgesetzes.

Nach §. 23 des neuen Bürgerannahmsgesetzes wird zur bürgerlichen Aufnahme in einem Orte der Nachweis des Besitzes eines bestimmten Vermögens von dem Bewerber gefordert; dieser Nachweis wird gewöhnlich durch Vorlage von Urkunden, und namentlich Vermögenszeugnissen geliefert; diese letztern sind aber häufig nur Zeugnisse über vorübergehenden Besitz, nicht aber über Eigenthum, welches allein nur natürlich einen Werth haben, und für die aufnehmende Gemeinde, die durch das Gesetz beabsichtigte Garantie eines vorhandenen Betriebsfonds abgeben kann. Es ist daher die Frage, wann solche Vermögenszeugnisse reel genannt, und wie Zweifel hierin und Nachtheile beseitigt werden können, von wesentlichem Interesse.

Es gehört hierher vorerst die Beantwortung der Frage, welche Stelle die zur Ausfertigung von Vermögenszeugnissen competente ist? — (Ein hiefür Norm gebendes Gesetz oder eine deßfallsige Verordnung kenne ich nicht; der §. 41, Abs. 2 des Gesetzes über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden, und §. 85 des Bürgerannahmsgesetzes deuten nur darauf hin, daß der Gemeinderath derartige Zeugnisse legaliter geben kann, ohne jedoch im Allgemeinen einen solchen Act dorthin zu verweisen.) — In der Regel werden die zu dem erwähnten Zweck erforderlichen Vermögenszeugnisse von den großh. Amtsrevisoraten desjenigen Orts oder Bezirks, wo die Aufnahme nachgesucht wird, erbeten und ausgestellt; der Grund liegt darin: einmal, weil überhaupt diese Stellen diejenigen sind, welche Vermögensaufnahmen gewöhnlich besorgen, und legale Urkunden auszustellen befugt sind, — dann aber, und hauptsächlich, weil die Umstände meistens die Gelegenheit sich Vermögenszeugnisse wo anderswher zu verschaffen, schwierig, ja zum Theil unmöglich machen. Denn von dem Rechte der Uebersiedlung wird in der Regel, und beinahe ausschließlich nur von solchen Individuen Gebrauch gemacht, welche zur Ausbildung ihrer Gewerbsfähigkeit längere Zeit in einer größern Stadt sich aufhielten, sich dort heimisch fühlen und den Raum ihrer kleinern Heimathssphäre im Verhältniß zu ihren Fähigkeiten und Leistungen für zu eng halten. Diese Leute haben sich eine kleine Baarschaft erworben, welche, wenn auch gleich nach §. 23 des Bürgerannahmsgesetzes nicht hinlänglich, doch gestreckt werden soll, um bis zur vorgeschriebenen Summe zu reichen; hier wissen nun weniger gewissenhafte Kapitalisten mit einem ihnen geöffneten neuen Erwerbszweig durch Darleihung einiger Papiere au porteur oder klingendem Geld aus der Noth zu helfen. Das Eigene und Geliehene wird nun zusammengelegt, von dem Amtsrevisorat die Aufnahme des Vermögens begehrt, und mit der hierüber aufgenommenen Urkunde das gesetzlich vorgeschriebene Vermögen dokumentirt.

Ist nun die Bürgeraufnahme erfolgt, und zeigt es sich auch später, daß das nachgewiesene Vermögen nicht volles Eigenthum war, so kann doch gegen den Aufgenommenen und dessen frühere Heimathsgemeinde der §. 85 des Bürgerannahmsgesetzes nicht zur Anwendung gebracht werden, indem der letztern die Ausstellung eines falschen Zeugnisses nicht vorgeworfen werden kann, und das Amtsrevisorat nur die Richtigkeit geschehener Angaben beurkundet hat.

Manche Gemeinden helfen sich damit, daß sie das angebliche Vermögen deponiren lassen, oder dem Bewerber zumuthen, Ankäufe von Liegenschaften, oder seinem Gewerbe angemessenen Fahrnissen zu machen; allein das in erwähntem §. 23 geforderte Vermögen soll offenbar kein zum Unterhalt einer Familie hinreichende Zinsen rentiren-

*) Wenn der §. 113 der Prozeßordnung der Partei, welche die Streitverkündigung unterläßt, den Nachtheil droht, daß sie sich die Einrede des nicht gehörig geführten Prozesses entgegen halten lassen müsse, so ist eben damit gesagt, daß demjenigen, der den Streit verkündet hat, diese Einrede nicht entgegen gehalten werden dürfe.

D. R.

Digitized by Google

des Kapital seyn, (denn sonst wäre weit zu wenig verlangt) sondern ein Betriebskapital, was aber auch durch Deposition seinem Zwecke nicht entzogen werden darf, ebenso wenig es erlaubt ist, von Jemanden zu fordern, daß er sein Betriebskapital auf die oder jene Weise, oder gleich bei seiner Bürgeraufnahme in Bewegung setze, sondern es muß dieses dem freien Willen des Eigenthümers anheim gestellt bleiben. Manche Aemter, zu welchen die Beurtheilung der Richtigkeit des Vermögens im Recurswege gelangt, lassen den Bewerber die Wahrheit des behaupteten Eigenthums handgelübdlich versichern; allein auch dieses genügt nicht, denn es wird hierdurch für später entdeckten Betrug das Recht der Zurückweisung in die frühere Heimathsgemeinde nicht gewährt, und dieses — so zu sagen — abgezwungene Handgelübde setzt den Bewerber keiner größern Strafe aus, als welcher er sich schon bei der betrüglichen Angabe nach §. 84 des Bürgerannahmsgesetzes ausgesetzt hat, auch möchte wohl im Sinne des §. 12 des Strafedicts hier das Handgelübde als unzulässig erscheinen.

Das für die aufnehmende Gemeinde sicherste Mittel in dieser Beziehung ist unstreitig, wenn der Bewerber nur dann mit seinem Vermögensnachweis gehört wird, wenn das deßfallsige Zeugniß von dem Gemeinderath seines Heimathsortes ausgefertigt ist; stellt dieser einem solchen Begehren entgegen, er seie schon vor vielen Jahren von dort entfernt, und habe sein Vermögen sich erst auswärts nach und nach erworben, so daß man in seiner Heimath hiervon keine Kenntnisse haben könne, so kann immerhin mit Fug und Recht verlangt werden, daß der dortige Gemeinderath, der an einem andern Orte aufgenommenen Amtsrevisorats-Vermögensurkunde den Beisatz ertheile: „daß derselbe nach Ansicht der Bestimmungen in §. 85 und 88 des Bürgerannahmsgesetzes das von dem Bewerber angegebene Vermögen rücksichtlich der einzelnen Theile und Größe desselben als richtig anerkenne."

Im Allgemeinen ist dieses Verlangen keine Unbilligkeit, weil in kleinern Gemeinden den Gemeindevorstehern die Angehörigen rücksichtlich ihrer Familienverhältnisse, ihrer körperlichen und intellectuellen Kräfte, ihrer Neigungen und ihres moralischen Gefühls von Kindheit auf bekannt werden, so daß sich in Rücksicht der Zeit der abwesenden Gemeindeangehörigen, ihres Gewerbes und ihrer Eigenschaften recht leicht erkennen läßt, was sie sich erworben haben können; zudem interessiren sich in kleinern Gemeinden, von welchen aus die Uebersiedlungen gewöhnlich geschehen, Alle für das Schicksal eines Abwesenden, und kommt Einer durch blinden Zufall zu Vermögen, so versäumt er, ein Herr geworden, nicht, sich in seiner Heimath wieder sehen zu lassen. Die einzelnen Vermögenstheile lassen sich deßhalb leicht als Eigenthum erkennen, gerade weil man in der Heimath des Bewerbers Neigungen ꝛc. ꝛc. kennt, sohin weiß, auf welchen Gegenstand er seine Ersparnisse verwendet haben mag; die Größe des Werthes gibt die in solchen Fällen durch verpflichtete Taratoren den Vermögensaufnahmen beigefügten Ansätze, welchen im allgemeinen vollen Glauben beizumessen moralische Pflicht ist. Endlich wird dadurch keine Beurkundung des Vermögens verlangt, was nicht immer möglich wäre, sondern eine Anerkennung der Richtigkeit, was der Gemeinderath der Heimath des Uebersiedelnden sowohl rücksichtlich seiner moralischen Pflichten, als auch rücksichtlich seiner Verantwortlichkeit gegenüber von der ganzen Gemeinde thun kann. Es liegt in der Willkühr jedes Einzelnen die Versicherung eines Andern in so lange als wahr anzuerkennen, als ihm nicht das Gegentheil bekannt ist; eine solche Anerkennung ist keine unmoralische Handlung, und kann den Anerkennenden weder einem Tadel, noch viel weniger einer Strafe aussetzen, — ist nun aber auch in dem vorliegenden Fall eine unrichtige Angabe irrig als wahr anerkannt worden, so hat der Gemeinderath seiner Gemeinde durch Anwendung des §. 85 gegen sie keine andere Verbindlichkeit aufgeladen, als wenn er dem Nachsuchenden die Anerkennung der Richtigkeit seiner Vermögensangabe verweigert haben würde, wozu er jedenfalls befugt gewesen wäre.

Ein etwaiger Recurs gegen eine Anforderung in oben angedeutetem Sinne wird wohl vor keiner Staatsbehörde Gehör finden, denn sie kann doch die Gemeinde nicht des Mittels berauben, um von dem Rechte, welches ihr das Gesetz in dem mehrerwähnten §. 85 gibt, Gebrauch machen zu können. Rheinländer.

III.

Entscheidung eines Competenzconflicts.

Carlebach gegen Fiscus.

Da in diesen Blättern schon mehrere Competenzconflicte abgehandelt worden, deren Entscheidung Zweifel erregte, so dürfte die Mittheilung einer Entscheidung aus demselben Gebiete, welche weniger Schwierigkeiten darbot, nicht ohne Interesse seyn.

Drei Israeliten hatten bei den bekannten in Heidelberg im Jahr 1819 statt gehabten Gewaltthätigkeiten durch Plünderung und Beschädigungen bedeutend gelitten. Dieselben hatten auf dem Administrativweg Entschädigung aus der Staatskasse angesprochen, waren aber durch Verfügung großherzoglichen Staatsministeriums damit abgewiesen und ihnen überlassen worden, sich wegen ihrer Schadloshaltung an den oder diejenigen im Wege Rechtens zu wenden, gegen welche sie damit auszureichen vermeinten.

Die Beschädigten erhoben hierauf eine Klage auf Entschädigung gegen den großherzoglichen Fiscus, welche sie durch folgende Anführungen zu begründen suchten:

Nach den Untersuchungsakten unterliege es keinem Zweifel, wer die Beschädigung zugelassen. Die Kläger seien

Digitized by Google

als großh. Unterthanen aufgenommen und hätten von den vorgesetzten Staatsbehörden den Schutz gegen innere Störungen und tumultuarische Auftritte anzusprechen. Diesen Schutz müßten in Städten die Aemter und polizeilichen Behörden und in Dörfern die Ortsgerichte leisten, sie seien vom Staat dazu aufgestellt und verpflichtet, und demselben für jede Vernachläßigung verantwortlich.

Gestatteten es die Zeit und die Mittel, den Schutz zu gewähren, so seien jene Staatsbehörden, welchen diese Verbindlichkeit obliege, für die aus deren Vernachläßigung entstehenden Folgen verhaftet. Alle diese Voraussetzungen seien vorhanden.

Nach dem Inhalt der Untersuchungsacten sei von der Entstehung des Tumults bis zum Eintritt der Beschädigungen eine geraume Zeit übrig gewesen; das großh. Stadtamt Heidelberg habe hinlängliche Gelegenheit zur eigenen Wahrnehmung gehabt, sei durch verschiedene Anzeigen in Kenntniß gesetzt und zur Gegenwürdigung, aufgefordert worden. Es sei daher nicht nur die Gelegenheit zur nöthigen Vorkehr gegeben, sondern auch die Abwendung der Beschädigung durch jede polizeiliche Einschreitung möglich gewesen.

Das großh. Hofgericht am Unterrhein erkannte Ladung. Später wurde jedoch ein Competenzconflict erhoben, welcher im Jahr 1833 von großh. Staatsministerium dahin entschieden worden:

In Erwägung, daß die angestellte Klage auf die behauptete Verbindlichkeit des Staats, jeden, durch die Vernachläßigung eines Staatsbeamten in Handlungen der öffentlichen Ordnung erlittenen Schaden zu ersetzen, gebaut ist, dieser Klaggrund aber nicht auf einem privatrechtlichen, sondern lediglich auf dem öffentlichen Verhältniß des Staats zu seinen Unterthanen beruht, sei die vom großh. Hofgericht erkannte Ladung, als incompetent erlassen, aufzuheben. O.-G.-Adv. v. Sotron.

IV.

Ueber Pfandbuchseinträge.

Zu §. 42 der Gemeindeordnung.

Nach den §§. 4, 6 und 17 der Pfandschreiberei-Instruction verglichen mit §. 42 der Gemeindeordnung sollen bei der Vornahme von Einträgen in die Pfandbücher sämmtliche Mitglieder des Gemeinderaths anwesend seyn, und den Eintrag unterzeichnen. Dies ist in kleinern Gemeinden, wo derartige Pfandschreibereigeschäfte seltener vorkommen, leicht thunlich, in den Städten schon schwierig, und in den größern Städten so schwierig, daß es eine Unmöglichkeit genannt werden kann; denn in den letztern geht wohl kein Tag vorüber, wo nicht ein oder mehrere Pfandbucheinträge verlangt werden, so daß also die Mitglieder des Gemeinderaths täglich und Tage lang versammelt (wozu sich aber gewiß keiner verstehen, sondern lieber seinen Austritt erwirken würde) oder die verlangten Einträge bis zur gewöhnlichen Versammlung des Gemeinderaths zurückgeschoben werden müßten, (was aber nicht seyn darf). Will man der Vorschrift der Formularien der Pfandschreiberei-Instruction nachkommen, und beginnt der Rathschreiber die Einträge mit „Vor versammeltem Pfandgericht erscheint ꝛc. ꝛc.“; läßt solche aber erst bei der regelmäßigen Zusammenkunft des Gemeinderaths von den einzelnen Mitgliedern desselben unterzeichnen, so ist ein leicht zu beweisendes falsum begangen, die Anfechtung in Bezug auf die Richtigkeit des ganzen Eintrags, und dadurch die Schadensersatzansprache an die Pfandschreiberei resp. die Mitglieder des Gemeinderaths begründet.

Die Mitglieder des Gemeinderaths, in der Regel ausschließlich Gewerbsleute, sind schon übel genug daran, daß sie die Pfandschreibereigeschäfte besorgen müssen, wenn ihnen nun auch noch die gesetzlichen Bestimmungen solche Formeln vorschreiben, welche zu erfüllen kaum möglich ist, so ist bei der großen Verantwortlichkeit, welche dem Gemeinderath durch Führung der Pfandbücher aufgeladen ist, die Frage, wie in Rücksicht des oben Gesagten ein Mittelweg eingeschlagen werden kann, um Befolgung gesetzlicher Vorschriften und Thunlichkeit zu vereinigen, von Interesse und deren Erörterung wünschenswerth. Zu diesem Zweck wird folgendes Formular für Pfandbucheinträge in Vorschlag gebracht.

Nr.

Geschehen N. den 14. Januar 1839.

Vor der Rathschreiberei des Gemeinderaths der Stadt N. ist heute erschienen: N. N. hiesiger Bürger und Kaufmann und seine Ehefrau N. geborne N., und tragen vor.

Es habe nach vorgelegtem Handschein N. N. dahier zugesagt, ihnen ein Kapital von .... in landläufigen Münzsorten zu .... vom Hundert verzinslich, gegen Unterpfand darzuleihen.

Diesem zu Folge haben die obgedachten Schuldner zur Sicherheit des Gläubigers folgende ihnen eigenthümliche Liegenschaften zum Unterpfand bewilligt, nämlich ꝛc.

Auf vorbeschriebene Unterpfänder ist im Gewährbuch wegen Kaufschillingsrest oder Erbgleichstellungsgeld, und im Pfandbuch wegen Vorzugsrecht eingetragen: ꝛc.

Vorstehender Eintrag wurde den Betheiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und mit der Bitte unterschrieben, solchen dem Gemeinderath als Pfandschreiberei zur Erkennung und Schätzung der Unterpfänder vorzulegen.

T. Schuldner N. N.

T. dessen Ehefrau N. N.

Für die Richtigkeit vorstehender Unterschriften.

Rathschreiber N. N.

Wir, der in gesetzlicher Anzahl versammelte Gemeinderath, haben diesen Pfandeintrag sowohl in Rücksicht der Vertragspersonen, als der zu Unterpfand bewilligten Liegenschaften geprüft, den Anschlag derselben beisetzen lassen, und da wir keinen Mangel fanden, uns gewährend unterschrieben, auch die Rathschreiberei beauftragt, die Auszüge unter obiger Nr. und Datum zu fertigen und zur Unterzeichnung vorzulegen. N. den ꝛc.

N. N.

N. N.

Mut. mutand. könnten auf dieselbe Weise alle Pfandeintrage unter einem derartigen Ratificationsvorbehalt geschehen, ohne daß ein Verschieben rücksichtlich des erscheinenden Nachsuchenden nöthig, keine wesentliche Bestimmung der gesetzlichen Vorschriften verletzt, und kein falsum begangen werden würde. Rheinländer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 8. Karlsruhe den 23. Februar 1839.

I.

Hat auch der Advokat das Recht der Beschwerdeführung bei dem Oberrichter auf den Grund des §. 1244 Nr. 4 der Prozeßordnung, wenn sich der Richter ein ungebührliches Benehmen gegen ihn zu Schulden kommen läßt?

Man sollte kaum glauben, daß in einer so aufgeklärten und hochgebildeten Zeit, wie die unsrige ist, wo man längst bei jeder gesetzlichen Vorschrift von dem Grundsatze der vollen Rechtgleichheit Aller von dem Gesetz auszugehen pflegt, eine Frage, wie die vorstehende, zur Sprache gebracht werden könnte. Der einfache, unverdorbene Rechtsinn eines jeden Menschen möchte sich über eine solche Frage wundern, denn sein natürliches Rechtsgefühl wird ihm sofort die Antwort aufdrängen: allerdings muß der Advokat so gut, wie jeder Andere, der vor dem Richter erscheint, und mit solchem zu thun hat, gegen eine Ungebühr, die ihm von Letzterm zugefügt wird, geschützt seyn, und deßhalb muß dem Advokaten gleich jedem Andern, sobald ihm vom Richter eine Ungebühr widerfährt, auch das Recht der Beschwerdeführung an den Oberrichter auf den Grund des §. 1244 Nr. 4 zustehen.

Doch wie nicht selten dasjenige, was dem natürlichen Rechtsgefühl des Menschen so nahe liegt, und sich so zu sagen, mit Händen greifen läßt, unter den Gelehrten Gegenstand des Zweifels und der Controverse ist, so scheint dieses leider auch in Ansehung der oben aufgeworfenen Frage der Fall zu seyn.

Ich habe in einem concreten, mich betreffenden Fall darüber die betrübende Erfahrung gemacht, und dieses veranlaßte mich zu gegenwärtigen Zeilen, die vielleicht bei der bevorstehenden Revision der Prozeßordnung unsere Gesetzgeber bewegen dürften, dem §. 1244 Nr. 4 eine geänderte Fassung dahin zu geben, daß es nicht mehr den Anschein hat, als stehe der Advokat wirklich außer dem Gesetz.

Dem dermaligen Wortlaut des §. 1244 Nr. 4 nach steht der Advokat offenbar außer dem Gesetz — er hat kein Recht der Beschwerdeführung an den Oberrichter, wenn ihm der Richter auch zehnmal mit Ungebühr begegnet. Das Gesetz sagt bloß, daß eine Beschwerdeführung solcher Art Statt finde: wegen ungebührlicher Behandlung, welche sich das Gericht gegen die Parthien, Zeugen, oder Sachverständigen zu Schulden kommen läßt.

Ich sage: dem Wortlaut des Gesetzes nach ist der Advokat in Bezug auf das Recht der gedachten Beschwerdeführung außer dem Gesetz gestellt, weil ich nicht annehmen kann, daß es auch in der Absicht und dem Willen des Gesetzgebers gelegen sei, den Advokaten, den Ungebührlichkeiten des Richters gegenüber, in einen Zustand von trostloser Rechtlosigkeit zu versetzen. Ich glaube vielmehr, daß das Gesetz den Advokaten unter dem Ausdruck „Parteien“ mit begriffen haben wollte.

Unmöglich konnten die Redaktoren der Prozeßordnung die Absicht haben, dem Advokaten den Rechtsschutz zu versagen, den sie dem, seiner bürgerlichen Stellung nach oft ganz unbedeutenden Zeugen zusichern. Unmöglich konnten diese Männer auf solche Weise einen Stand kränken und herabwürdigen wollen, von dessen Wichtigkeit, im öffentlichen Interesse, sie durchdrungen seyn mußten, — ja von dem schon Kaiser Leo und Anthemius in einem Rescript an den Präfecten *Callicratus* von Illyrien vor mehr als 1400 Jahren sagen:

„Advocati qui derimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi quam si prôliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: Militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine, laboratorium *spem, vitam* et *posteros* defendunt.“

Lex 14. C. de advoc. divers. judic.

Inzwischen wäre es immer sehr zu wünschen gewesen,

Digitized by Google

daß des Advokaten in der mehrgedachten Bestimmung des §. 1244 Nr. 4 der P. O. ausdrücklich gedacht worden wäre, weil, wenn die Absicht eines Gesetzes oft auch noch so nahe liegt, sie doch nicht selten mißkannt wird, worüber der oben erwähnte, mir vorgekommene Fall, den ich hier mittheile, ein auffallender Beleg ist.

Ich war nach den Angaben, und dem Verlangen einer meiner Parthien in dem Fall: bei dem großherzoglichen Hofgericht des Oberrheinkreises gegen das Verfahren eines Amtsassessors Beschwerde zu führen. Ich that hierin was meines Amtes, und meiner Pflicht war. Nicht lange nachher mußte meine Prinzipalschaft abermals vor diesem Amtsassessor erscheinen, und hier war es, wo dieser Herr bei seiner Amtsverrichtung, in Gegenwart seines Actuars und mehrerer anderer Personen sich so weit vergessen haben soll, daß er sich über meine Person in den beleidigensten Ausdrücken, und zwar mit einer solchen Baßstimme äußerte, daß noch ein weit größeres Publicum seine Aeußerungen auf dem, der Amtsstube zunächst gelegenen Marktplatze vernommen hatte.

Da dieser Amtsassessor meine Prinzipalschaft wiederholt aufforderte: mir das zu sagen, was er über mich geäußert habe, so glaubte dieselbe nicht anstehen zu dürfen, mich von dem Vorgefallenen in Kenntniß zu setzen, besonders, nachdem selbst Beleidigungen für meine Person damit verknüpft waren — ja meine Prinzipalschaft nahm bei so bewandten Umständen keinen Augenblick Anstand: die Wahrheit ihrer Angaben durch ihre Unterschrift auf einem scheiftlichen Acte, den ich, um die Sache dem großherzoglichen Hofgericht vorlegen zu können, aufnahm, zu bekräftigen.

So brachte ich den Vorgang zur Anzeige und Kenntniß des Hofgerichts des Oberrheinkreises und stellte an diesen Gerichtshof mit Beziehung auf den §. 1244 Nr. 4 das Begehren:

„dem betreffenden Amtsassessor sein Benehmen, in so weit sich die an mich gemachte Anzeige bestätigen sollte, als unschicklich, und eines Beamten unwürdig zu verweisen, auch ihm zu bedeuten, was er dem Anwalt der Parthie schuldig sei"

d. h. ich glaubte im gegebenen Fall ein Recht zur Beschwerdeführung auf den Grund des §. 1244 Nr. 4 der P. O. zu haben, und darin Schutz vor solchen Ungezirmlichkeiten zu finden.

Ich stellte in meiner Beschwerde dem Obergericht noch besonders vor, wie es schon traurig genug sei, wenn der Anwalt, der dem Richter gegenüber seine Pflicht erfüllt, sich unwürdigen, und rohen Behandlungen solcher Art, wie die vorliegende eine sei, ausgesetzt sehe, daß seine, des Anwalts, Lage aber vollends trostlos wäre, wenn er gegen derartige Unbilden vor den Obergerichten keinen Schutz, und keine Genugthuung erlangen könnte.

Ich machte ferner darauf aufmerksam, daß der Anwalt, wenn ihm hier nicht das Recht der Beschwerdeführung aus dem §. 1244, der P. O. an den Oberrichter zukomme, auf eine höchst ungerechte Weise außer dem Gesetz gestellt, und eben dadurch jeder Unbild, die der Richter, dem er seine Fehler rügen muß, ihm zuzufügen für gut findet, ausgesetzt sei.

Das Hofgericht des Oberrheinkreises theilte diese Ansicht von der Sache nicht — man fand sich von Seite dieses Obergerichts nicht veranlaßt: den Anwalt gegen richterliche Ungebühr in Schutz zu nehmen, sondern wieß vielmehr die eingebrachte Beschwerde von vornherein, als unstatthaft von der Hand, und zwar deshalben:

„weil die fraglichen Aeußerungen nicht in meine Gegenwart geschehen seien, mithin nicht, als ungebührliche Behandlung der Parthie angesehen werden könnten."

Leider steht diesem Ausspruch, nach dem was ich schon oben bemerkt habe, der Wortlaut des §. 1244 Nr. 4 zur Seite, denn es spricht ja dieses Gesetz nur von der Parthie, von Zeugen und von Sachverständigen, und nicht auch von dem Advokaten*).

Die ärmste Parthie, der von der Straße hergenommene Zeuge, der unbedeutenste Sachverständige hat das Recht der Beschwerdeführung an den Oberrichter wegen ungebührlicher Behandlung, die ihm vom Richter widerfährt, nur der Anwalt hat dieses Recht nicht. An ihm darf der Richter seinen Unwillen, oder seine Rohheiten ungestraft ausüben; ihn, den Anwalt darf der Richter öffentlich schmähen, herabwürdigen, und bei den Parthien verdächtigen. Der Anwalt muß dieses alles geduldig über sich ergehen lassen — er hat kein Recht zur Beschwerdeführung, denn der §. 1244 spricht ja nicht von den Anwälten.

Ich gestehe es aufrichtig, daß diese Auslegung und Anwendung des §. 1244 Nr. 4 mein Rechtsgefühl tief verletzte, und daß es für mich etwas höchst Betrübendes wäre,

---

*) Darauf hat indessen das Hofgericht, nach der oben angeführten Stelle seines Erlasses, keine Rücksicht genommen. Es begreift unter dem Ausdruck „Partei" im §. 1244 Nr. 4 wohl auch den die Partei vertretenden Anwalt; aber es ist der Meinung, der §. 1244 Nr. 4 beziehe sich nur auf die ungebührliche Behandlung, welche der Richter sich gegen eine Partei bei der Verhandlung selbst, also bei einer Tagfahrt oder in richterlichen Fertigungen zu Schulden kommen läßt, wogegen der Partei nur die Ehrenkränkungsklage offen bleibe, wenn der Richter sich, obgleich in Bezug auf den Rechtsstreit, denn doch nicht in ihrer Anwesenheit bei einer mündlichen Verhandlung, noch auch in einer an sie gerichteten schriftlichen Fertigung, sondern nur vor andern Personen, Ausfälle gegen sie erlaubt. D. R.

Digitized by Google

könnte ich die Ueberzeugung gewinnen: daß die Auslegung, welche das Hofgericht des Oberrheinkreises diesem Gesetz im vorliegenden Fall gegeben, auch die Absicht und der Wille des Gesetzgebers sei. Doch ich trage, wie ich bereits bemerkte, die entgegengesetzte Ueberzeugung, und spreche daher hier frei die Ansicht aus: daß ich dafür halte, daß das Hofgericht des Oberrheinkreises meine oben erwähnte Beschwerde mit Unrecht, als unstatthaft verworfen hat.

Ich rechtfertige diese meine Ansicht aus dem Grunde und der Absicht des Gesetzes.

Das Gesetz verlangt allerdings, und muß es verlangen: daß dem Richter in seinen Amtsverrichtungen von allen Personen, welche vor ihm erscheinen, und mit ihm zu thun haben, in Red und Schrift, mit Achtung begegnet werde. Das Gesetz will aber nicht minder, und muß es, selbst im Interesse der richterlichen Würde, wollen, daß auch der Richter in seinen Amtsverrichtungen sich gegen jede Person, die vor ihm erscheint, und es mit ihm zu thun hat, jeder Ungebühr, in Red und Schrift, enthalte, und daß er diesen Personen gegenüber ein Benehmen beobachte, welches man von dem gebildeten Manne, der in so wichtigen Verrichtungen die Staatsgewalt vertritt, verlangen kann. Das Gesetz will, daß das Gerichtszimmer ein Ort der Würde, der Rechtsachtung und der Humanität sei, wo Jedermann, der ihn betritt, und dort in was immer für einer Rolle handelt, sich jeder Ungebühr, in Wort und That, gegen Jedermann enthalte, und da das Gesetz nicht übersehen konnte, daß es vor allem am Richter selbst sei: in Würde, Rechtsachtung und Humanität mit gutem Beispiel vorauszugehen, so wollte es ohne Zweifel einerseits den Richter durch die Bestimmung im §. 1244 Nr. 4 auf diese seine Pflicht aufmerksam machen, anderseits aber dem, gegen welchen der Richter, dieser gesetzlichen Mahnung ohngeachtet, seine Pflicht vergessen sollte, in der Beschwerdeführung an den Oberrichter das einfache Mittel geben, für eine vom Richter erduldete ungebührliche Behandlung Genugthuung zu erlangen.

Das Gesetz wollte hier die vom Richter beleidigte Person nicht auf den weitwendigen und kostspieligen Weg der förmlichen Injurienklage verweisen, was wohl in den meisten Fällen eben so gut gewesen wäre, als wenn man ihr jeden Schutz und jede Genugthuung verweigert hätte — ja das Gesetz konnte hier den Beleidigten nicht auf diesen Weg der förmlichen Injurienklage allein verweisen, weil es sehr viele Ungebührlichkeiten gibt, die sich ein Richter gegen die Personen, die es mit ihm zu thun haben, erlauben kann — die an sich für die betreffende Person höchst kränkend, und des Richters unwürdig, daher im gerichtspolizeilichen Wege Rüge und Zurechtweisung verdienen, und doch, als eigentliche Injurien nicht leicht verfolgt werden könnten.

Ich nehme gerade den vorliegenden Fall, wo der betreffende Amtsassessor in seiner Aufwallung unter andern gesagt haben soll: ich sollte mich vor ihm in Acht nehmen, wenn er mich einmal in Freiburg treffe, so wolle er mir Etwas sagen, woran ich mein ganzes Leben denken sollte.

Schwerlich möchte sich auf diese Aeußerung hin, wenigstens nach der Weberschen Theorie, eine förmliche Injurienklage begründen lassen; und doch wird kein Mensch daran zweifeln: daß diese in der Amtsstube, in Gegenwart mehrerer Personen von dem Amtsassessor gemachte Bemerkung, einerseits für mich höchst beleidigend, andererseits aber ein durchaus ungebührliches, für einen Richter unwürdiges Benehmen enthält, daß der Rüge und der Zurechtweisung vom Oberrichter wohl verdiente.

Gerade nur solche, und ähnliche Beleidigungen kann der §. 1244, unter den Nr. 4 erwähnten Ungebührlichkeiten, die sich ein Richter gegen die Parthien, Zeugen, oder Sachverständigen zu Schulden kommen läßt, und wegen welchen Beschwerdeführung an den Oberrichter gestattet ist, verstanden wissen wollen; denn um eigentliche Injurien mittelst förmlicher Klage zu verfolgen, bedarf ich den §. 1244 der P. O. nicht. Der Gesetzgeber hat auch offenbar mit dieser Bestimmung die förmliche Injurienklage gegen den Richter, wo sie Platz greift, nicht aufheben wollen, sondern er beabsichtigte vielmehr bloß dem durch den Richter ungebührlich Behandelten, ein weiteres Mittel zu geben, wodurch dieser sich für richterliche Ungebühr, wenn solche sich gleich nicht zur förmlichen Injurienklage eignet, Genugthuung verschaffen kann.

Der Gesetzgeber fand es nothwendig auch auf gerichtspolizeilichem Wege einerseits für die Aufrechthaltung der richterlichen Würde zu sorgen, anderseits aber, den Anforderungen einer, unserer Zeit gemäßen Humanität folgend, die mit dem Richter in Berührung tretenden Personen, vor jeder Kränkung und Beleidigung desselben, wenn sie auch keine förmliche Injurie ist, zu schützen.

Nach dem bisher Gesagten möchte ich nun aber fragen: paßt der entwickelte Grund, und die daraus gefolgerte Absicht der Bestimmung des §. 1244 Nr. 4 der P. O. nicht auch auf den Advokaten, oder mit andern Worten: steht dem Advokaten, gegen welchen sich der Richter ein ungebührliches Benehmen zu Schulden kommen läßt, nach Grund und Absicht der Bestimmung im §. 1244 Nr. 4 der P. O. nicht, gleichwie der Parthie, dem Zeugen, oder Sachverständigen, das Recht der Beschwerdeführung an den Oberrichter zu?

Ich glaube darauf, ohne mich dem Vorwurf einer Be-

Digitized by Google

fangenheit auszusetzen, antworten zu dürfen — ohne Zweifel. Wenn es das Gesetz für nothwendig erachtet hat, daß die Parthie, der Zeuge, der Sachverständige gegen eine ungebührliche Behandlung des Richters in Schutz genommen, und diesen Personen, wo der Fall einer solchen ungebührlichen Behandlung eintritt, das Recht der Beschwerdeführung eingeräumt wird, so tritt diese Nothwendigkeit beim Advokaten zwei Mal ein.

Der Advokat ist es, der am allermeisten mit dem Richtee in mündlichen und schriftlichen Verkehr kömmt, und kommen muß. Er, der Advokat ist es, der nach seiner gesetzlichen Stellung so zu sagen stets in Opposition gegen den Richter steht. Er ist es, der den Richter im Laufe der prozessualischen Verhandlungen auf seine etwaigen Uebersehen aufmerksam machen, er ist es, welcher die vom Richter gegebenen Urtheile angreifen, und ihre Unhaltbarkeit darthun muß; er, der Advokat ist es, dem vorzugsweise die schwere Pflicht obliegt: allenthalben, wo immer die Parthie durch Willkühr Gewaltthätigkeit oder Unwissenheit eines Richters in ihren Rechten verletzt, und gekränkt wird, gegen solchen in die Schranken zu treten, und sein ungesetzliches Verfahren zu bekämpfen. So ist es dann ganz natürlich voe allen andern Personen, die mit dem Richtee in Verkehr kommen, der Advokat, auf den die Abneigung und der Unwille des Richters fällt.

Niemand mehr, als dee Advokat bedarf daher des gesetzlichen Schutzes gegen eine ungebührliche Behandlnng von Seite des Richters — ihm, dem Advokaten, vor allen andern Personen, die mit dem Richter zu thun haben, muß daher das Recht der Beschwerdeführung gegen eine ihm vom Richter zugefügte ungebührliche Behandlung zustehen.

In Feankreich und England hat man längst begriffen, daß dee Advokat nur dann das seyn kann, was er im Staate seyn soll, wenn man ihm auch dem Richter gegenüber eine würdevolle und freie Stellung einräumt. Sollte man in dem aufgeklärten, gelehrten Deutschland solches noch immer nicht begriffen haben, oder gar nicht begreifen wollen? Sollte in Deutschland dee Advokat nicht einmal ein Recht zue Beschwerdeführung gegen den Richter haben, der ihn ungebührlich behandelt, während er in Frankreich und England zum Zeichen seiner Würde und Freiheit zu dem Richter mit bedecktem Haupte spricht?

„Lorsque l'Avocat se présente au barreau — sagt *Merlin* in seinem Repeet. univers. et raisonné de Jurisprudence. voc. Parlement — il y vient comme un homme libre, comme un homme dont les juges attendent la presence pour leur parler le langage de la justice, et de la vérité, et ce qui dénote particulierément cette liberté, c'est la faculté qu'il a de leur parler *le bonnét sur la tête*.“

Sollte in Deutschland wirklich jetzt noch die Stellung des Advokaten selbst von der Gesetzgebung so sehr verkannt werden, daß man demselben, wenn ee vom Richter verunglimpft wird, nicht einmal ein Recht zue Erhebung einer Beschwerde gibt, während Frankreich's größter Mann in seinem kaiserlichen Dekret vom 1. Dezember 1810, welches das Reglement über den Advokatenstand, und dessen Disciplin betrifft, sich's zur Ehre rechnete, zu sagen:

„*Nous* aurons ainsi garantie la *liberté*, et la *noblesse* de la profession de l'avocat?“

Fast sollte man an eine solche betrübte Lage des Advokatenstandes, und zwae selbst in unserm constitutionellen Baden glauben, wenn man im §. 1244 Nr. 4 dee P. O. des Advokaten nicht gedacht findet, und wenn man einen Blick auf das oben angeführte Dekret des Hofgerichts des Oberrheinkreises wirft, doch ich teage noch immer eine tröstlichere Ueberzeugung in mir, so niederschlagend auch manche einzelne Erscheinung in der Gesetzgebung und Gerichtspraxis für unsern Stand seyn mag; ich glaube fest daran; daß die ausgezeichneten Männer, welche an dee Spitze unserer Gesetzgebung stehen, und aus deren Hand die gegenwärtige Prozeßordnung mit ihrem §. 1244 hervoegegangen ist, dem Advokaten ein ehrenvolleres Loos zugedacht haben, und daß es bei ihnen dahee nicht ein Augenblick zweifelhaft war: daß auch der Advokat auf den Grund dieses §. hin, falls der Richter sich ungebührlich in Red, odee Schrift gegen ihn benimmt, das Recht der Beschwerdeführung an den Oberrichter haben soll.

Ebenso glaube ich ferner nicht: daß die Anwendung des mehr allegirten §. 1244 Nr. 4, wie das Hofgericht des Oberrheins die Meinung hat, nur dann statt findet, wenn der Richter die beleidigenden Aeußeeungen der betreffenden Person in's Gesicht sagt.

Ich glaube dieses einmal deshalb nicht: weil der Richter sich im Sinne des §. 1244 Nr. 4 so gut ungebührliche Handlungen gegen eine abwesende Person, als gegen eine anwesende zu Schulden kommen lassen kann; und zum Zweiten glaube ich es nicht, weil der Geund, warum das Gesetz eine Beschwerdeführung gegen den Richter erlaubt, so gut auf Ungebührlichkeiten paßt, welche in Gegenwart diesee Person, als auf solche, die der Richter sich in ihrer Abwesenheit vor Andeen gegen sie erlaubte.

Wenn der Richter sich bei einer Verhandlung wobei eine Parthie, ein Zeuge, ein Sachverständigee nicht gegenwärtig war, beleidigende, herabwürdigende Aeußerungen qegen diese erlaubt, sollte dieses kein ungebührliches Benehmen seyn, und zwar bloß deshalben nicht, weil die betreffende

Digitized by Google

Person nicht anwesend war? Ist eine öffentlich, von dritten Personen gegen mich ausgestoßene beleidigende Aeußerung weniger eine Beleidigung, weil ich nicht gegenwärtig war? Ist ein unwürdiges Benehmen, dessen sich ein Richter in seinen Amtsverrichtungen zu Schulden kommen läßt, weniger unwürdig, weil die zunächst betreffende Person nicht gerade anwesend war?

Welcher rechtliche Grund läßt sich für diese Theorie angeben? und zu welchen Folgen müßte eine solche Theorie führen?

Mehr, als des bisher Gesagten wird es zur Rechtfertigung meines oben gegen das hofgerichtliche Dekret ausgesprochenen Urtheils nicht bedürfen.

Bei dieser Gelegenheit kann ich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß es mich in diesem, wie in verschiedenen andern Fällen stets schmerzlich berührte, wenn ich aus den Erlassen des Hofgerichts des Oberrheinkreises entnehmen zu müssen glaubte: daß dasselbe sich meistentheils ungeneigt findet, der Beschwerde eines Anwaltes Folge zu geben, wo dieser für sein Recht, und seines Standes Würde gegenüber einem Richter Beschwerde zu führen genöthiget ist, während man doch auf der andern Seite von diesem Gerichtshofe für den Richter, bis zum Rechtspraktikanten herunter, in einer Art bedacht ist, daß nicht selten darüber das unschuldigste Wort verstummen muß.

So z. B. beliebte es einem Unterrichter mir einen Scheiftsatz zur Reinigung hinauszugeben: weil ich darin eine vom Gegentheil aufgestellte Behauptung „abgeschmackt" genannt hatte. Ich glaubte, daß der Unterrichter hier sein Censoramt etwas zu weit ausgedehnt habe, und führte deshalb beim Hofgericht Beschwerde, allein meine Beschwerde wurde als unbegründet verworfen, und der Unterrichter behielt Recht, obgleich der Gerichtshof selbst zugeben mußte, daß in dem, bloß auf die Sache sich beziehenden Ausdruck nichts Beleidigendes für eine Person enthalten sei.

Ein anderes Mal wurde von einem Untereichter Reinigung meines Schriftsatzes verfügt: weil ich darin bemerkte: daß ich bei einer Urkunden-Produktionstagfahrt nicht erscheinen werde, weil sich der die Sache im Respiciat habende Rechtspraktikant bereits über die unnöthigen Kosten, welche bei solchen Gelegenheiten die Advokaten den Parthien durch ihr persönliches Erscheinen verursachten, mißfällig bei meiner Parthie geäußert habe. Ich war der Meinung, daß eine solche einfache Wahrheit kein Gegenstand zur Reinigung sei, beschwerte mich deshalb beim Hofgericht, allein auch diese Beschwerde wurde als unbegründet verworfen, und der Richter behielt abermals, dem Advokaten gegenüber, Recht.

Ein drittes Mal wurde mir von großherzoglichem Hofgericht selbst eine Eingabe zur Reinigung hinaus gegeben, weil ich mich darin des Ausdrucks der „amtliche Respicient" bediente, wodurch ich nach der Ansicht des Gerichtshofes die dem Untereichter schuldige Achtung verletzt hätte, da demselben sein Prädicat „Großherzoglicher Amtsassessor" gebühre.

Indem ich mich jeder weitern Aeußerung über diese speziell benannten Fälle, dem ich noch manche andere, ähnlicher Art anreihen könnte, enthalte, schließe ich diese Zeilen unter nachstehenden allgemeinen Betrachtungen von denen ich wünsche, daß sie dort gehörig beherzigt werden möchten, von wo aus den Uebelständen, die darin berührt sind, abgeholfen werden kann, und, wie ich glaube, schon längst im öffentlichen Interesse, hätte abgeholfen werden sollen.

Will man den Advokatenstand, der leider in Deutschland durch traurige Vorurtheile und langjährige Mißhandlung so tief heeabgedrückt wurde, wieder heben, eine Nothwendigkeit, die sich so dringend, als allgemein ausgesprochen hat, so muß man denselben vor allem voe willkührlichee und ungebührlicher Behandlung ab Seite des Richters, zu dessen Controll und Opposition er vermöge seiner gesetzlichen Stellung in den meisten Fällen berufen ist, schützen.

Soll der einzelne Advokat, wie sein ganzer Stand jene Würde behaupten, die ihm unumgänglich nöthig ist, um das zu seyn, was er im öffentlichen Interesse seyn soll, so muß er zunächst davor gesichert werden: daß nicht jeder Richter bis auf den Rechtspraktikanten herunter, ungeahndet an ihm sein Ansehen üben, und ihm, wie man zu sagen pflegt, bei jedee Gelegenheit den Meister zeigen darf. Der Advokat muß nicht gleichsam als Sündenbock dem Richter und dee Parthie Preis gegeben werden, damit dee eine, wie die andere an ihm, und zwar jedes in seiner Art, seinen Unmuth auslasse.

So lange selbst Richter, was leider besonders bei unsern Untergerichten häufig vorkömmt, sich ein, und wie viele glauben, sogar verdienstliches Geschäft daraus machen: den Advokaten, wie seinen Stand bei den Parthien zu verdächtigen, und durch abgedroschene schale Witze, die man sich in den Kanzleien öffentlich erlaubt, zu verunglimpfen; so lange selbst Richter der Parthie den Advokaten als eine Art von authorisirten Beutelschneider erscheinen lassen, und sie deßhalb, unter dem Scheine väterlicher Milde und Theilnahme voe solchem, gleich wie vor dem bösen Feind, der, wenn auch nicht gerade auf ihre Seele, doch auf iheen Geldbeutel laure, ängstlich warnen — ich sage, so lange man in dieser Weise selbst vom Gericht aus den Advokaten und seinen ganzen Stand bei dem Publicum zu verdächtigen und herabzusetzen sucht; ja so lange der Anwalt nicht einmal berechtigt

Digitized by Google

ist, auch nur in möglichst schonender Weise seinen gerechten Unwillen über derartige Unziemlichkeiten eines Richters, diesem gegenüber, auszusprechen, man vielmehr in den meisten solchen Fällen den betreffenden Beamten zum Richter in eigener Sache macht, indem man ihm das Recht einräumt: dem Advokaten selbst das, zu seiner Vertheidigung gesagte Wort, zur Reinigung hinaus zu geben; so lange in dieser Weise die Ehre und Würde des Anwalts in die Hand jedes Richters gelegt ist, so lange wird man sich vergeblich bemühen, den Advokaten auf jene Stufe der Achtung und des Vertrauens zu setzen, auf der er stehen muß, wenn er den Platz ausfüllen soll, wozu ihn das Gesetz und unsere gerichtliche Institutionen berufen haben.

Allerdings soll der Richter im wahren Interesse der Sache, so wie zur Wahrung der Achtung, die ihm die Parthie und ihre Anwälte schuldig sind, darüber wachen, daß der Gerichtssaal keine Arena für Leidenschaften werde, — er soll die Parthie, wie den Anwalt, der sich hierin vergessen kann, sofort in seine Grenzen zurückweisen; allein diese Grenzen können, besonders für den Anwalt, von dem man annehmen muß, daß er weiß: was er seiner Pflicht und seinem Gewissen schuldig ist, nicht so angezogen sein: daß selbst die Sprache der Wahrheit, sobald sie für die Person des Richters etwas Empfindliches hat, verstummen muß, — ja, daß jedes freie und wahre Wort, — was das Kind bei seinem rechten Namen nennt, und deßhalb dem Richter, den es berührt, kein Wohllaut für sein Ort seyn mag, als Leidenschaftlichkeit und Ungebührlichkeit sofort zur Reinigung hinaus gegeben werden darf.

So weit darf die Macht, besonders des Einzelnrichters, der oft gar so viel menschliches an sich hat, nicht ausgedehnt werden, solcher Spielraum kann der, oft zu weit getriebenen Sentimentalität einzelner Richterindividualitäten nicht eingeräumt werden, wenn es nicht um jede männliche und wirksame Vertheidigung der Parteirechte geschehen seyn soll.

„Neanmoins au milieu de ces regles de bienséance, que les avocats ne doivent jamais perdre de vue, leur ministère devindroit souvent inutile, s'il ne leur étoit permis d'employer tous les termes les plus propres à combattre l'iniquité: *leur éloquence demeureroit sans force, si elle étoit sans liberté. La nature des expressions dont ils sont obligés de se servir, depend de la qualité des causes qu'ils ont à defendre. Il est une noble vehémense, et une sainte hardiesse, qui fait partie de leur ministère. Il est des espéces ou l'on ne peut defendre la cause, sans offenser la personne, attaquer l'injustice sans deshonorer la Partie, expliquer les faits sans se servir des termes durs, seuls capables de les faire sentir, et de les representer aux yeux des juges.*“

Dareau traité des injures II. 15.

Der Richter, der gegen das Gesetz fehlt, der Richter, der sich Willkührlichkeiten gegen die Pathie und ihre Rechte erlaubt, der Richter, der sich Unziemlichkeiten, unter was immer für einer Form gegen den Anwalt zu Schulden kommen läßt, muß auch ertragen können, wenn er deßhalb zu Recht gewiesen wird, er muß sich gefallen lassen, wenn sein ungeschicktes Benehmen öffentlich in den Acten gerügt wird.

Er darf sich in diesem Fall nicht sofort hinter das Amtsansehen verschanzen, und das, was ihm und seinen Fehlern gilt, als Beleidigung der Amtswürde — ja wohl gar als Beleidigung der höchsten Staatsautorität, von der er seine Gewalt hat, aufnehmen, und als solches mit Reinigungsbefehlen, Verweisen, oder gar noch mit Geldbußen bestrafen.

Bis zu dieser gänzlichen Verstummung jedes, dem Richterohr mißtönenden Wortes geht die Heiligkeit der Person des Richters nicht; auch hängt nicht davon, wohl aber von der Redlichkeit, den Kenntnissen und dem sittlichen Wandel des Richters das Ansehen und die Würde des Amtes, welches er begleitet, ab. Wo das Ansehen und die Würde des Amtes auf diesen drei wesentlichen Grundlagen beruht, dort wird es, um dieses Ansehen aufrecht zu erhalten, nicht nöthig seyn, dem Anwalte durch Reinigungsbefehle oder Geldbußen bei jedem wahren Worte, was er spricht, den Mund zu schließen.

Der Anwalt wird solchen Richterindividualitäten gegenüber gar nicht in Versuchung gerathen: zur Vertheidigung der Rechte seiner Parthie, und zur Vertheidigung seiner eigenen Ehre die Persönlichkeit des Richters anzugreifen — er wird nicht in den Fall kommen, welchen Leyser so bezeichnend in den Worten ausdrückt:

„Naneiscitur saepe advocatus vel *judicem ineptum*, vel adversarium tam aperte nugantem, ut quem admodum Juvenalis Satyra 1. 30 loquitur, *difficile sit, Satyram non scribere.*“

Med. ad Pond 547. 2.

Möge recht bald bei uns die Zeit kommen, wo man von Seite gewisser Richterindividualitäten aufhört zu glauben: daß der Advokat der Untergebene des Richters, und dieser weit über den Advokaten stehe, während doch der Advokat in seiner Amtsverrichtung nothwendig ein freier Mann ist; auf gleicher Stufe der Bildung und der Kenntnisse mit dem Richter steht, und etwa nur der Unterschied zwischen beiden obwaltet: daß der Advokat Alles nur durch sich selbst ist, während dem Richter die Staatsgewalt, die er begleitet, zur Seite steht,

Digitized by Google

und ihn in vielen Fällen schützt, wo der Advokat lediglich auf seine persönliche Kraft beschränkt bleibt.

Möge recht bald auch bei uns die Zeit kommen, wo man dir von dem berühmten Kanzler d'Agnesseau über den Advokatenstand gethane Aeußerung:

„*un ordre aussi ancien que la magistrature, aussi noble que la vertu, aussi necessaire que la justice*"

beherzigt, und diesem Stand eine seiner Wichtigkeit entsprechende würdevolle und selbstständige Stellung sichert.

Dr. v. Weissenck,
Hofgerichtsadvokat.

II.

Anwendung des L. R. S. 1463 durch großherzogl. Oberhofgericht.

Riegel gegen Riegel.

Die Apotheker Riegelschen Eheleute zu Gerlachsheim waren durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 2. Dezember 1833 rechtkräftig geschieden und dieses Urtheil der geschiedenen Ehefrau am 19. desselben Monats verkündet worden.

Unter den Ehegatten hatte eine Gemeinschaftsehe bestanden. Die Ehefrau hatte sich weder in der im L. R. S. 1463 bestimmten Frist erklärt, daß sie sich der Gütergemeinschaft theilhaftig machen wolle, noch hiezu eine Fristverlängerung nachgesucht. Trotz dem machte dieselbe später Ansprüche an die Gemeinschaft und suchte sich gegen das ihr entgegengehaltene Versäumniß dadurch zu vertheidigen, daß sie anführte:

Bei der Frist des L. R. S. 1463 werde unterstellt, daß ein genaues und getreues Vermögensverzeichniß in jenem Zeitraume wirklich zu Stande komme. Dies ergebe sich aus den Bestimmungen des L. R. S. 1456, 769, 794 und 795. Ein solches Verzeichniß habe ihr aber ihr Ehemann nicht geliefert, indem der Schluß der sogenannten Rectification des Inventurgeschäfts ohne ihre Schuld bis in den März 1835 verzögert worden, wonach ihre Erklärung darauf am 6. April noch innerhalb der 40 Tage nach beendigter Inventur eingekommen sei.

Gegen den Erlaß des großh. Amtsrevisorats, durch welchen sie mit ihrer Erklärung über ihre Theilhaftmachung an die Gemeinschaft ausgeschlossen worden, habe sie Restitution nachgesucht.

Wegen L. R. S. 1459 habe die Unterlassung der Erklärung innerhalb der im L. R. S. 1463 bestimmten Frist nur in Beziehung auf die Gemeinschaftsgläubiger Wirkung, und nach L. R. S. 790 habe sie (die Ehefrau) nur auf Ansuchen dieser (der Betheiligten) als verzichtend angesehen werden können.

Die klagende Ehefrau wurde jedoch mit ihrer Klage in 3 Instanzen abgewiesen.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe waren — so weit sie die Rechtsfrage betreffen — folgende:

Das Rechtsverhältniß der überlebenden Ehefrau in Bezug auf Vermögenstheilung sei von jenem einer geschiedenen Ehefrau wesentlich abweichend. Während nämlich den L. R. S. 1455 und 1461 gemäß für jene die Regel bestehe, daß sie als theilnehmend an der Gütergemeinschaft gelte und ihr nur zur Entsagung gewisse Fristen bewilligt würden, gelte für die geschiedene Ehefrau die entgegengesetzte Regel und gebietende Vermuthung, daß sie als verzichtend auf die Gemeinschaft angesehen werden solle. Von einer Analogie könne deßhalb schon nach L. R. S. 4 a. um so weniger die Rede seyn, als der L. R. S. 1463 mit aller Bestimmtheit und Klarheit gefaßt sei.

Wohl möge der geschiedenen Ehefrau in manchen Fällen ein getreues und genaues Vermögensverzeichniß unentbehrlich seyn, allein dafür könne dieselbe, wenn sie nicht schon früher namentlich bei den fürsorglichen Maaßregeln nach L. R. S. 270 genügende Kenntniß erhalten, die drei Monate des L. R. S. 1463 benutzen, und falls dieser zur Richtigstellung und Vollendung des Inventars aus irgend einem Grunde nicht hinreichten, so sei es Sache der geschiedenen Frau, die einzige Bedingung zu erfüllen, unter welcher das angeführte Gesetz eine Fortdauer des Rechts, sich der Gütergemeinschaft theilhaftig zu machen, gestatten wolle, nämlich eine Fristverlängerung bei Gericht zu erwirken.

Brauer, Erläuterungen zu L. R. S. 1463. Zachariä, französisches Civilrecht 3. Auflage, Bd. 3, §. 517. Sirey recueil XIX 1 page 133. Lahage codes annotés zu Art. 1463 und die dort angeführten Rechtslehrer in Verbindung mit dem Code de procedure art. 174.

Nicht eine Verfügung des Amtsrevisorats, sondern das Gesetz unmittelbar sei es, welches die geschiedene Ehefrau mit einer nach L. R. S. 1463 verspäteten Erklärung ausschließe. Dieses Gesetz kenne eine Restitution gegen die bestimmte Frist nicht, auch habe die Klägerin nicht einmal angegeben, daß sie ein desfallsiges Gesuch dem Richter vorgetragen habe, oder daß demselben willfahrt worden sei. Der L. R. S. 1459 spreche nur von der überlebenden Ehefrau, der L. R. S. 1463 dagegen ganz unbedingt von der geschiedenen Ehefrau, und bei dem Verzicht dieser sei die Betheiligung des Ehemanns so vielfach und wichtig, daß er nicht gehindert werden könne, denselben für sich geltend zu machen, wo er solches seinem Interesse für angemessen erachte.

Brauer a. a. O. Sirey recueil XIX 1. page 133 und XXX 2 page 97—98.

Ein Grund für die analoge Anwendung der über Erb-

Digitized by Google

antretung bestehenden Vorschriften auf das streitige Rechtsverhältniß sei gar nicht einzusehn.

Diese Entscheidung dürfte um so richtiger erscheinen, als die Behauptung, die im L.R.S. 1463 bestimmte Frist habe nur in Beziehung auf die Gläubiger Wirkung, schon nach der Natur des Rechtsverhältnisses und nach den durch die Annahme oder den Verzicht der Ehefrau auf die Rechte der Gläubiger herbeigeführten Folgen unrichtig ist. Nach L.R.S. 1463 soll nämlich die geschiedene Ehefrau, welche sich innerhalb der Frist von 3 Monaten und 40 Tagen der Gütergemeinschaft nicht theilhaftig macht, als darauf verzichtend angesehen werden. Da aber die Gläubiger nur von der Theilhaftigmachung der Ehefrau an der Gemeinschaft einen Vortheil haben können, nicht aber von deren Verzicht auf dieselbe, so kann auch die Bestimmung des L.R.S. 1463 nicht zu Gunsten der Gläubiger, sondern nur zu Gunsten des geschiedenen Ehemanns gegeben seyn, und zwar hauptsächlich um den seine Verfügungsgewalt über das Gemeinschaftsvermögen hemmenden Folgen des L.R.S. 271 ein Ziel zu setzen, wie dies und zugleich die Absicht des Gesetzgebers im Ganzen von Brauer zu L.R.S. 1463 noch näher ausgeführt ist. O.-G.-Adv. v. Soiron.

III.

Ueber Recursfatalien ꝛc. in Bezug auf bürgermeisteramtliche civilrechtliche Entscheidungen.

Zu §. 41 *in fine* der Gemeindeordnung.

Es wurde in diesen Blättern schon mehrfach die Frage, in wie weit die Bürgermeister zur Verhandlung von civilrechtlichen Streitigkeiten competent sind, zur Sprache gebracht, und im Allgemeinen dahin beantwortet, daß deren Competenz bis zu dem Betrage von 15 fl. in Städten und 5 fl. in Landorten nach wie vor begründet ist, auch ein Recurs gegen die von denselben gegebenen Erkenntnisse statt findet; unter welchen Bedingungen aber dieses seyn kann, dürfte noch, da deßfalls verschiedene Ansichten existiren, einer nähern Erörterung ausgesetzt werden.

Als erster Impuls hierzu mögen folgende Bemerkungen dienen:

Nach den ältern, sowie den neuern prozessinalischen Vorschriften sind die Hauptbedingungen, um von dem untern Richter an den obern seine Beschwerden bringen zu können:

1) Vorhandenseyn eines gewissen Werths des Streitobjects (Appellationssumme).
2) Grund der Beschwerde wegen unförmlichen oder leidenschaftlichen Verfahrens (Appellation ohne Daseyn der Appellationssumme nach §. 1175 der Prozeßordnung).
3) Anbringung der Beschwerde innerhalb einer gewißen Zeit (Appellationsfatalien.).

Diese drei Bedingungen bestehen auch rücksichtlich der civilrechtlichen bürgermeisteramtlichen Entscheidungen; denn:

ad 1) Das Organisationsedict vom 26. November 1809, welches in Beilage B. Nr. 7. d. (Regierungsblatt von 1809 pag. 420.) den Ortsvorgesetzten das Recht giebt, Streitigkeiten in Städten bis zu 15 fl. und auf dem Land bis zu 5 fl. zu entscheiden, enthält über die Bedingungen, unter welchen gegen Entscheidungen der Ortsvorgesetzten recurrirt werden kann, keine nähere Bestimmung; es kommen daher in Gemäßheit des §. 17 jenes Edicts (pag. 398) die Vorschriften der frühern Gesetze zur Anwendung. Das zweite Constitutionsedict vom 14 Juli 1807 (Regierungsblatt Nr. 20) gestattet nun in §. 4 und 5 den Recurs gegen den Ausspruch des Ortsvorstandes nur dann, wenn die Beschwerdensumme die Hälfte derjenigen Summe, bis zu welcher der Bürgermeister zu entscheiden befugt ist, übersteigt, somit nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung in Städten über 7 fl. 30 kr. und auf dem Lande über 2 fl. 30 kr. beträgt; oder

ad 2) nach benanntem §. 4, wenn der bürgermeisteramtliche Spruch unförmlich oder leidenschaftlich erscheint: also in den in §. 1175 der neuen Prozeßordnung aufgezählten Fällen. Endlich muß eben darnach

ad 3) die Beschwerde gegen die bürgermeisteramtliche Entscheidung innerhalb 10 Tagen bei dem vorgesetzten Bezirksamt vorgetragen oder eingereicht seyn.

Rheinländer.

IV.

Indigenatsertheilung an Ausländerinnen.

Zu §. 40 des Bürgerannahmsgesetzes.

Bekanntlich bedarf es, wenn eine Ausländerin sich mit einem Inländer verehelicht, rücksichtlich der erstern keiner besondern Indigenatsertheilung, daher auch der aufnehmende Gemeinderath die Aufnahme einer Ausländerin nicht an die Bedingung, daß die Aufnahme erst definitiv ertheilt sei, wenn sie das Indigenat erhalte, wie dieses bei männlichen Ausländern der Fall ist, knüpft, sondern mit der Aufnahme erlangt die Ausländerin schon das Staatsbürgerrecht Nun sollen aber nach der Verordnung vom 26. September 1832 (Regierungsblatt Nr. 57) für dieses implicite ertheilte Indigenat die vorgeschriebenen Taxen erhoben werden; da jedoch der Gemeinderath keine Staatssportelregister führt, so ist es nöthig, daß von jeder Aufnahme einer Ausländerin der Gemeinderath „Behufs des Ansatzes der Taxen für das damit erhaltene Indigenat" dem vorgesetzten Ober- oder Bezirksamt Anzeige erstattet.

Das Amt erhaltet zwar Kenntniß von der bürgerlichen Aufnahme einer Ausländerin, wenn ihr Verlobter um Ausfertigung des Trauscheins nachsucht, und — man könnte sagen — daß dann mit den Taxen für den Trauschein auch diejenigen für das Indigenat angesetzt und erhoben werden könnten; allein ein solches gelegentliches Befolgen der bestehenden Verordnungen liegt nicht im Geschäftsgang und in der Würde der Stellen, (abgesehen davon, daß seit Einführung der neuen Gemeindeordnung und der Bürgeraufnahmen durch die Gemeindebehörden dadurch, daß das Amt von der Aufnahme einer Ausländerin keine Anzeige erhielt, schon genug Taxen für das von Ausländerinnen erlangte Indigenat anzusetzen, wie Beispiele zu finden seyn möchten, übersehen wurden), es ist daher, obgleich nirgends vorgeschrieben, unerläßliche Pflicht des Gemeinderaths von jeder Aufnahme einer Ausländerin dem vorgesetzten Amte Behufs des Ansatzes der Taxe für das von ihr erlangte Staatsbürgerrecht Anzeige zu erstatten. Rheinländer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 9. Karlsruhe den 2. März 1839.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall. — Kann in I. Instanz bei einem unbedingten Befehl der Beklagte, der den Beweis seiner zerstörlichen Einreden mit Urkunden antritt, sich noch die Zuschiebung des Eides vorbehalten? Kann er es bei dem abgekürzten Verfahren überhaupt?

Auf einen vom Kläger erlangten unbedingten Befehl schützte der Beklagte die Einrede der Zahlung der eingeklagten Schuld vor, trat deren Beweis mittelst Urkunden an, und behielt sich für den Fall, daß der Beweis der Zahlung nicht durch die Urkunden geliefert würde, die Zuschiebung des Haupteides über die geschehene Zahlung vor.

Der Gerichtshof erachtete den angetretenen Urkundenbeweis für mißlungen, und gieng über den Eidesvorbehalt hinaus, weil er erachtete, daß man im Verfahren des unbedingten Befehls sich die Zuschiebung des Haupteides nicht vorbehalten könne.

Obschon nun meines Erachtens diese Meinung die richtige ist (ich votirte selbst mit), so wird sich doch eine nähere Untersuchung der Frage um so mehr rechtfertigen, als wenigstens hier in Rastatt die Eidesvorbehalte auf eine für die schnelle Erledigung der Rechtsstreite sehr beklagenswerthe Weise zunehmen, und als diese Frage bei der Erweislichkeit der Einreden des Beklagten im Verfahren des unbedingten Befehls und des Executivprozesses durch den Haupteid einen praktischen Werth hat.

Untersucht man nun die Frage des Eidesvorbehalts bei dem Verfahren des unbedingten Befehls, so ist vor Allem anzuerkennen, daß sie das Gesetz nirgends ausdrücklich entscheidet, und daß man sie daher nach allgemeinen Grundsetzen des Gesetzes, und nach seinen besondern Bestimmungen über das Verfahren des unbedingten Befehls zu entscheiden hat.

Als ersten allgemeinen Grundsatz der Prozeßordnung, der hier seine Anwendung finden wird, ist aber der anzuerkennen, daß die Parteien ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel an dem Ort, wo sie hingehören zusammen und alle vorzubringen haben. So muß die Klage und die Appellationsbeschwerdeschrift alle Klagthatsachen und Appellationsbeschwerden enthalten. So muß die Vernehmlassung alle Einreden, deren man sich in dieser Instanz bedienen will, zusammen vorbringen, und so muß auch die beweispflichtige Parthie nach §. 408, 409 ihre Beweismittel zusammen dem Richter vorlegen. Allerdings beziehen sich diese §§. 408, 409 auf den Fall des ordentlichen Prozesses, wo ein Beweiserkenntniß gegeben wurde, jedoch gilt der Grundsatz des Zusammenvorbringens der Beweismittel auch bei den verschiedenen Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens, indem dorten die Beweismittel ebenfalls zusammen dem Richter da vorgelegt werden müssen, wo die Beweisantretung überhaupt am Platz ist.

Davon ausgegangen ist es nun nicht zu bezweifeln, daß die Vorschrift des §. 575 der Prozeßordnung, wornach der Beweisführer den ihm obliegenden Beweis durch die ihm zu Gebote stehenden Mittel antreten, sich aber dabei den Gebrauch des Haupteides auf den Fall des Mißlingens der vorgebrachten Beweismittel vorbehalten kann, eine Ausnahme des allgemeinen Grundsatzes des Zusammenvorbringens der Beweismittel, und daher beschränkend auf den Fall auszulegen ist, für welchen sie eingeführt wurde, fragt man aber nach dem Fall, für welchen der Eidesvorbehalt des §. 575 vorgeschrieben ist, so wird man sagen müssen, daß der Eidesvorbehalt nur da eintreten kann, wo der Richter ein Beweiserkenntniß im ordentlichen Verfahren erlassen hat, und wo der Beweisführer den Beweissatz mit andern Beweismitteln angetreten, dabei aber sich den spätern Gebrauch des Eides noch vorbehalten hat, denn es wird dabei von einer Beweisfrist und einem beendigten Beweisverfahren gesprochen, was beides nur bei einem Beweiserkenntniß des ordentlichen Verfahrens eintritt.

Wenn man zwar den Eingang des §. 575, daß die Zuschiebung des Eides in jeder Lage des Verfahrens Statt finden könne, wörtlich nehmen wollte, so würde man frei-

Digitized by Google

ſich auf das Ergebniß kommen, daß es eines Eidesvorbehalts gar nicht bedarf, ſondern daß man den Eid ſo lange in jeder Inſtanz zuſchieben könne, als nicht das Endurtheil erlaſſen iſt, ſo daß man bei einem unbedingten Befehl mit oder ohne Eidesvorbehalt den Eid zuſchieben könne, ſowie man ſich aus dem Verlauf des etwa angetretenen Urkundenbeweiſes überzeuge, daß damit kein vollſtändiger Beweis geliefert ſeie. Allein der Eingang des §. 575 iſt keineswegs ſo zu verſtehen, wie er lautet, und mit mehr Recht hätte man ſagen können, daß der Eid nicht in jeder Lage des Verfahrens zugeſchoben werden kann, denn ſo kann er z. B. nach §. 249 der Prozeßordnung nicht mit der Klage zugeſchoben werden, und läßt ſich im ganzen abgekürzten Verfahren alsdann nicht mehr zuſchieben, wenn er dorten, wo die Beweisantretung überhaupt zu geſchehen hat, verſäumt werde. Er läßt ſich in der Appellationsinſtanz nicht über den ſchon in erſter Inſtanz richtig feſtgeſetzten Beweisſatz zu ſchieben, wenn es nicht mit der Appellationsbeſchwerdeſchrift oder Vernehmlaſſung geſchah, und er läßt ſich in dem Oberappellationsverfahren über den vorher ſchon richtig beſtimmten Beweisſatz gar nicht mehr zuſchieben.

Sieht man daher, wie man wohl muß, von einer im Eingang des §. 575 liegenden Unbeſchränktheit der Zuſchiebung des Haupteides mit oder ohne Vorbehalt ab, und hält man dagegen an dem Grundſatz feſt, daß die Eideszuſchiebung gleichwie der Gebrauch der andern Beweismittel da geſchehen muß, wo in dem betreffenden Verfahren jeweils der Ort iſt, an welchem die Beweisantretung zu geſchehen hat, ſo findet man bei ſämmtlichen Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens den Grundſatz, daß die Beweisantretung darin eine anticipirte iſt, daß nämlich die Beweisantretung überall mit dem Vorbringen der Angriffs- oder Vertheidigungsmittel gleichzeitig verbunden ſeyn muß, ſo daß es ſich alſo bei den Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens nur frägt, ob auch bei ihm allgemein, oder in ſeinen beſondern Prozeßarten eine Ausnahme des Grundſatzes gemacht wurde, daß das Beweismittel der Eideszuſchiebung nicht an dem Platz gebraucht werden muß, der ſonſt für die Benutzung der Beweismittel gegeben iſt. Nirgends findet ſich aber in der Prozeßordnung eine Vorſchrift, daß bei den Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens im allgemeinen oder bei einzelnen Arten eine Ausnahme des Grundſatzes gemacht wurde, der hauptſächlich das abgekürzte Verfahren darſtellt, daß die Beweismittel darin alsbald und zuſammen vorzubringen ſind, und es würde ſich daher nur noch fragen, ob die Vorſchrift des §. 575 über die Zuläßigkeit des Eidesvorbehalts auch für die Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens gegeben und anwendbar iſt. Dieſes iſt aber zu verneinen.

Wenn man nämlich nicht aus den Augen verliert, daß der im §. 575 eingeführte Eidesvorbehalt für ſich ſchon eine Ausnahme des allgemeinen Grundſatzes der Prozeßordnung iſt, daß alle Beweismittel zuſammen dem Richter vorgelegt werden müſſen, ſo tritt dem Eidesvorbehalt bei den Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens noch der weitere Umſtand entgegen, daß er, der das Beweismittel der Eideszuſchiebung nicht alsbald dem Richter vorlegt, ſondern ein möglicherweiſe gedoppeltes Beweisverfahren nach ſich zieht, im abgekürzten Verfahren auch den weitern allgemeinen Grundſatz über den Haufen wirft, daß die darin vorkommenden Beweismittel alsbald mit dem Angriffsmittel dem Richter vorgebracht werden müſſen, und daß der §. 575 der Prozeßordnung davon ebenfalls eine Ausnahme machen wollte, das läßt ſich jedenfalls nicht vermuthen, und auch nicht aus ſeiner Faſſung erſehen. Im Gegentheil muß man daraus, daß der §. 575 von einem Ablauf der Beweisfriſt ſpricht, innerhalb welcher ſich der Beweisführer den Eid bei dem Mißlingen der andern Beweismittel vorbehalten hat, annehmen, daß hier nur von dem ordentlichen Verfahren die Rede iſt, wo mit einem Beweiserkenntniß auch eine Beweisfriſt gegeben wird, und wenn man bedenkt, daß der §. 575 zum wirklichen Gebrauch der Eideszuſchiebung, als eines Beweismittels noch eine Friſt einführt, alſo der Sache nach eine abermalige Beweisfriſt giebt, ſo folgt daraus, daß zumal bei dem unbedingten Befehl ein Eidesvorbehalt nicht zuläßig iſt, indem ſein Verfahren weder eine erſtmalige, geſchweige eine zweite Beweisfriſt kennt.

Betrachtet man auch die Vorſchriften der Prozeßordnung über das Verfahren des unbedingten Befehls, ſowie die damit nahe verwandten des Executivprozeſſes, ſo iſt ihr unverkennbarer Zweck dahin gerichtet, den Prozeß möglichſt ſchnell zu Ende zu führen. Offenbar ſind beide Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens die abgekürzteſten von allen, und wollte man in ihnen einen Vorbehalt der Eideszuſchiebung zulaſſen, welcher eine gänzliche Durchführung des Urkundenbeweiſes in der Art vorausſetzt, daß nunmehr nach deſſen Mißlingen das Verfahren über den Haupteid beginnen ſoll, ſo würde dadurch eine ſolche Verlangſamung des Prozeſſes eintreten, daß von einem auch nur halbwegs abgekürzten Verfahren nichts mehr zu entdecken wäre. Insbeſondere wäre bei dem Executivverfahren, obſchon ſolches nicht einmal ſo abgekürzt iſt wie das des unbedingten Befehls, keine Rede mehr davon, wovon der §. 729 der Prozeßordnung ſpricht, daß nämlich nur die durch den Haupteid ſchnell zu erweiſenden Einreden zugelaſſen werden, denn ſchnelle Erweiſung durch den Haupteid und Eidesvorbehalt ſind Widerſprüche unter ſich.*)

*) Auch bei den unbedingten Befehlen gibt der §. 706 die nämliche Beſtimmung, wenn er „ſofort ... zu erweiſende" Einreden

Digitized by Google

Uebrigens auch abgesehen von diesen, wie mir scheint richtigen Grundsätzen und von der daraus abgeleiteten Unzuläßigkeit des Eidesvorbehalts bei dem Verfahren des unbedingten Befehls, so wird sich diese Unzuläßigkeit noch aus andern Gründen nachweisen lassen, welche auch für den Executivprozeß gelten, und daher dorten die gleiche Unzuläßigkeit des Eidesvorbehalt nach sich ziehen.

Es ist nämlich die Vorschrift des §. 575 der Prozeßordnung hinsichtlich des Eidesvorbehalts offenbar auf den Grundsatz des §. 408 der Prozeßordnung gebaut, wonach man sich der Eideszuschiebung zugleich mit und neben andern Beweismitteln bedienen kann, denn obschon der Eidesvorbehalt die Trennung des Verfahrens über die Eideszuschiebung von dem Verfahren über die andern Beweismittel bezweckt, so ergeht doch die Eideszuschiebung über den gleichen Beweissatz zu dessen Erweisung auch die andern Beweismittel vorgeschlagen waren, so daß daher auch bei dem Eidesvorbehalt hinsichtlich eines und ebendesselben Beweissatzes die Eideszuschiebung der Sache nach mit den andern Beweismitteln gehäuft wird.

Betrachtet man nun die Vorschriften der Prozeßordnung über das Verfahren des unbedingten Befehls und des Executivprozesses, so ersieht man alsbald, daß eine hauptsächliche Sonderbarkeit dieses Verfahrens darin besteht, daß hierin den Parthien und zwar dem Kläger wie dem Beklagten nicht der Gebrauch aller Beweismittel eröffnet ist, sondern daß das Gesetz denselben nur gewisse Beweismittel gönnt, über deren Gebrauch sie bei Strafe des Verlusts der gewählten Prozeßart als Kläger nicht hinausgehen, oder welche sie als Beklagte nicht gebrauchen dürfen. Gerade diese Beschränkung der Beweismittel ist aber das wesentliche beider Prozeßarten, und an ihr ist daher so lange festzuhalten, als man an der Prozeßart selbst festhalten will. Es müssen deßhalb die Vorschriften und Ausdrücke der Prozeßordnung über die Beweismittel in beiden Prozeßarten nach ihrem Wortlaut verstanden und beobachtet werden. Dieses festgesetzt, so darf man nicht übersehen, daß die §§. 706 und 729 der Prozeßordnung auf eine ganz übereinstimmende Weise nur davon sprechen, daß der Beweis bloß mit Urkunden *oder* Eideszuschiebung geführt werden kann. Es wird nicht gesagt mit Urkunden *und* Eideszuschiebung, und da das Wort *oder* in der Regel kein Bindungswort, sondern ein Trennungswort ist, und einen Gegensatz bildet, so ist damit die Häufung des Eides mit Urkunden in beiden Prozeßarten vom Gesetz als unzuläßig erklärt.**)

Es wird diese Auslegung auch durch eine weitere Betrachtung bewahrheitet. Man wird nämlich darüber einverstanden seyn, daß im Gebiet des unbedingten Befehls und des Executivprozesses der Beweis der Thatsachen der Klage und Einreden sowie der etwaigen Repliken und Dupliken, also abgesehen von der Frage der Erweislichkeit der Urkunden, nicht mittelst eines Notheides geführt werden kann, denn dieses Beweismittel ist nirgends in den betreffenden Abschnitten angeführt. Betrachtet man nun die Vorschrift des §. 576 der Prozeßordnung so findet man dorten den Satz ausgesprochen, daß bei der Häufung der Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln nicht auf den Haupteid gegriffen werden kann, wenn die andere Beweismittel einen, wenn schon unvollständigen, Beweis liefern, sondern daß alsdann das Erkenntniß auf einen Notheid erfolgen muß. Es ist aber wohl schon oben dargethan worden, daß der Eidesvorbehalt der Sache nach eine Häufung des Eides mit andern Beweismitteln ist, so daß man sich für den Fall, wo man die Zuläßigkeit des Eidesvorbehalts bei unbedingten Befehlen vertheidigen will, auch in der Lage befindet, die Zuläßigkeit der alsbaldigen Häufung des Eides mit andern Beweismitteln annehmen zu müssen. Nun ist aber im §. 576 für den Fall dieser Häufung als Ausgang derselben in den nicht seltenen Fällen eines unvollständigen Beweises das Erkenntniß auf einen Notheid als gesetzliche Folge vorgeschrieben, diese Folge kann bei dem unbedingten Befehl und dem Executivverfahren nicht eintreten, und sowie daher nachgewiesen ist, daß die Folge der Häufung nicht eintreten kann, so ist auch nachgewiesen, daß die Häufung selbst, also auch der sie enthaltende Eidesvorbehalt unzuläßig ist. Schwan-

---

fordert. *Sofort* erwiesen werden diejenigen Einreden nicht, hinsichtlich welcher bei der dafür bestimmten Tagfahrt der Beweis nur *vorbehalten* und nicht *sogleich angetreten* wird.

D. R.

**) So *allgemein* möchte ich *diesen* Grund nicht annehmen. Wenn gesagt ist, daß die Einrede durch Urkunden *oder* Haupteid erwiesen werden könne, so heißt dies, daß *sowohl* Urkunden als auch Eideszuschiebung Statt finden, und ohne Zweifel können beide Beweismittel auch miteinander verbunden werden, jedoch nicht *sukzessive*, wie beim Eidesvorbehalt des §. 575, sondern nur bei *sofortiger* wirklicher *Antretung*, also *gleichzeitig* in *der* Art, daß der Eid bei der nämlichen Tagfahrt sogleich zugeschoben wird für den Fall, da der Richter den angetretenen Urkundenbeweis dem §. 706 nicht entsprechend hielte. Der §. 576 Abs. 2 fände übrigens hiebei keine Anwendung, da der §. 706 für Einreden gegen einen unbedingten Befehl *besondere* Erfordernisse aufstellt. Ein Urkundenbeweis, der *nicht vollständig* ist und darum dem Notheid Platz macht, wird *hier gar nicht berücksichtigt*; es muß daher, wenn der Urkundenbeweis unvollständig gefunden wird, nur der zugeschobene Haupteid als das einzige, dem §. 706 entsprechend, gebrauchte Beweismittel betrachtet und darauf erkannt werden.

D. R.

Digitized by Google

kende Beweiſe über die Thatſachen der Klage und Einreden ꝛc. ſind im Gebiet des unbedingten Befehls und des Executivprozeſſes nicht zuläßig. Hat die Parthie duech ihee Beweisurkunden keinen vollſtändigen Beweis geliefert, ſo kann deeſelbe nicht, wie im ordentlichen Verfaheen, durch einen Notheid vervollſtändigt werden, ſondern es iſt anzunehmen, daß ſie gae nichts erwieſen hat. Iſt aber dieſes der Fall, ſo iſt ihre Einrede unerwieſen geblieben, und alsdann iſt dee unbedingte Befehl nach §. 707 unter Vorbehalt weiterer Beweisführung im oedentlichen Veefahren zu beſtätigen, ohne daß es jetzt darauf ankommen kann, auf den Haupteid zurückzugreifen, und ein zweites Beweisverfahren da durchzumachen, wo das Geſetz alsbaldiges Vorbringen der zuläßigen Beweismittel als weſentliche Bedingung des Vorbringens der Angriffs- und Vertheidigungsmittel verlangt und anordnet.

Es wird daher in jeder Weiſe anzunehmen ſeyn, daß bei dem unbedingten Befehl und in dem Executivprozeß der Vorbehalt des Haupteides nach §. 575 der Prozeßordnung unzuläßig iſt.

Zu dieſem Ergebniß iſt man aber hauptſächlich durch Betrachtung des Grundſatzes des abgekürzten Verfaheens über das alsbaldige Vorbringen der Beweismittel gelangt, ſo daß es ſich daher noch frägt, ob im abgekürzten Verfahren, als ſolchem, überhaupt die Unzuläßigkeit des Eidesvorbehalts gilt, oder ob nicht vielmehr durch die Prozeßnovelle vom 3. Auguſt 1837, Art. 7 die Zuläßigkeit des Eidesvorbehalts eingeführt woeden ſeie. Es wird ſich jedoch zeigen laſſen, daß im abgekürzten Verfahren gerade durch dieſe Novelle die Unzuläßigkeit des Eidesvorbehalts in gewiſſer Beziehung noch ſchärfer heraustritt.

Die Regel des abgekürzten Verfahrens bleibt auch unter der Prozeßnovelle immer noch die, daß die Parthien ihre Beweiſe alsbald mit iheen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln voebringen ſollen, und durch die Novelle vom 3. Auguſt voeigen Jahees Art. 7 iſt daran nue das geändert, daß bei Unterlaſſung dieſer alsbaldigen Beweisantretung der Richter die Klage oder Einrede ꝛc. nicht mehr als unerwieſen verwerfen, ſondern noch vorher das Beweisdekret des jetzigen §. 674 a. erlaſſen, und für den Nachtrag des Beweiſes eine Friſt von höchſtens 14 Tagen geben muß. Dieſe Friſt kann nicht verlängert werden, und welche Beweismittel nicht in ihr vorgetragen weeden, dieſe ſind als verſäumt zu erachten. Wollte man aber bei einem ſolchen Beweisdekret des abgekürzten Verfahrens einen Eidesvorbehalt zulaſſen, ſo müßte man annehmen, daß der Richter vorerſt die Friſt des Beweisdekrets geben, und in ihe die wirklich angetretenen Beweiſe zur Anordnung des ſich darauf zu beſchränkenden Beweisverfaheens zu empfangen habe, und daß er alsdann, im Fall daſſelbe nichts für die beweisführende Parthie darthut, auf den vorbehaltenen Eid zurückgreift. So wie er aber dieſes thut, ſo muß ee dazu nach §. 575 der Prozeßordnung eine abeemahlige Friſt geben, und dieſe Friſt wäre eine richteeliche, eeſteeckbare, und bei ihree Nichteinhaltung eines Verſäumungserkenntniſſes bedürftige. Da ſie jedoch zur Zuſchiebung des Eides, alſo zum Antritt eines Beweismittels beſtimmt iſt, ſo muß ſie als eine Beweisfriſt beteachtet werden, ſo daß man alſo bei Zulaſſung des Eidesvorbehalts im abgekürzten Verfahren die Beweisfriſt des Art. 7. der Prozeßnovelle und die Beweisfriſt des §. 575 dee Prozeßordnung, ſowie ein doppeltes Beweisverfahrens erhielte. Ein ſolches Verfahren würde aber gänzlich dem Hauptzweck des abgekürzten Verfaheens, ſchnelle Erledigung des Rechtsſteeits, widerſprechen. Die ohne Anrufen ablaufende, einzige, keinee Erſtreckung fähige Beweisfriſt des Art. 7 der Prozeßnovelle, würde in Beziehung auf das Beweismittel des Eides eine zweite, erſteeckbare, nicht ohne Anrufen ablaufende, alſo ein Verſäumungserkenntnißverlangende Beweisfriſt, noch neben ſich erhalten. Dadurch würde neben Zerſtörung des Zwecks des abgekürzten Verfaheens auch deſſen ganze Form vernichtet, und da eine ſolche unausbleibliche Folge ſich mit dem Willen des Geſetzes nicht verträgt, ſo muß auch bei dem abgekürzten Verfahren der Eidesvorbehalt in Verbindung mit den auf das Beweisdekret des Art. 7 der Peozeßnovelle angetretenen Beweiſen als unzuläßig verworfen werden.*)

Es würde ſich aber alsdann noch fragen, ob der Eidesvorbehalt im abgekürzten Verfahren nicht da zuläßig iſt, wo eine Parthie ihre Angriffs- oder Vertheidigungsmittel vorbringt, deren Beweis alsbald antritt, und ſich dabei die Eideszuſchiebung vorbehält. Allein auch dieſe Frage iſt zumal nach der Prozeßnovelle zu verneinen. Die Regel der Nothwendigkeit der alsbaldigen Beweisantretung im abgekürzten Verfahren bleibt auch in deſſen Abänderung duech den Art. 7 der Prozeßnovelle ſtehen, und nur das iſt abgeändert, daß der Richtee am Schluſſe des Verfaheens noch das Beweisdekret des Art. 7 erlaſſen muß, wenn er den Beweis über erhebliche Thatſachen nicht oder nicht genügend angetreten findet. Hiernach geht alſo das Verfaheen ohne weitern Aufenthalt, und insbeſondere ohne Friſtverwilligung zur Beweisantretung bis zu ſeinem Schluſſe fort, und erſt nach ſeinem Schluß kann das Beweisdekret und die Beweisantretungsfriſt des Art. 7 erlaſſen werden. Wollte man nun den Eidesvorbehalt zulaſſen, ſo müßte der Richtee die im Laufe des Verfahrens vorgetragenen Beweismittel erheben, und erſt

*) Sehr richtig! D. R.

Digitized by Google

dann, wenn sich daraus kein Beweis ergab, mußte er dem Beweisführer die Frist des §. 575 zur nunmehrigen Eideszuschiebung gestatten. Da aber in einem solchen Fall das Verfahren schon geschlossen ist, so kann der Richter nicht die richterliche Frist des §. 575 der Prozeßordnung, sondern nur die Beweisfrist des Art. 7 der Prozeßnovelle erlassen. Er kann hinsichtlich des Beweismittels des Eides nicht die Ausnahme machen, daß solches Beweismittel nicht alsbald vorgebracht werden muß, sondern mit dem Erfolg vorbehalten werden kann, daß die Zuschiebung, also der wirkliche Beweisantritt, erst nach dem Schluß des Verfahrens, und dergestalt geschieht, daß der Richter richterliche Fristen erläßt, welche erstrebt werden können, welche eines Anrufens bedürfen, und ein Versäumungserkenntniß nach sich ziehen, sonst käme man zu dem Resultat, daß der Richter bei der Zuverläßigkeit des Eidesvorbehalts zuerst das Verfahren bis zum Schlusse fortzuleiten, alsdann auf den Eidesvorbehalt zu greifen, und ihn in dem Verfahren des §. 575 zu erledigen, dann aber, wenn er z. B. die Eideszuschiebung für unerheblich hält, noch das Beweisdekret des Art. 7 zu erlassen hätte. Dies kann nicht seyn, so wenig sich die Parthie bei ihrem auf das Beweisdekret des Art. 7 angetretenen Beweis den Eid vorbehalten kann, eben so wenig kann sie es im vorausgehenden Verfahren.*) Der dort vorgekommene Eidesvorbehalt stellt die Sache gerade in die Lage des Art. 7, daß nämlich der Richter den Beweis nicht genügend angetreten findet, und dann hat er das Beweisdekret des Art. 7, und nicht die Verfügung des §. 575 zu erlassen.

Es wird daher der Eidesvorbehalt des §. 575 im ganzen abgekürzten Verfahren, sowie in allen andern Prozeßarten desselben nicht zuzulassen seyn. Sander.

II.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall. — Anwendbarkeit des L. R. S. 1641. ff. auf das gemischte Werkverding.

Kläger J. D. von Sch. forderte an den Beklagten Hammerschmied Ph. H. von W. die Rücknahme eines für den erstern gefertigten Amboßes und den Rückersatz des dafür bereits bezahlten Kaufpreises, weil der Amboß unbrauchbar ausgefallen sei. — Die wirkliche Unbrauchbarkeit, und daß derselbe zu dem für den Kläger nöthigen Gebrauche nicht mehr hergestellt werden konnte, war durch Experten gehörig dargethan worden. Beklagter dagegen verlangte die Aufrechterhaltung des Vertrages, und erbot sich zu Fertigung eines neuen fehlerfreien Amboßes.

Das Amt W. verurtheilte den Beklagten nach dem Antrage des Klägers; beim Hofgerichte wurde jedoch abändernd erkannt, daß Kläger mit der angestellten Klage abzuweisen sei, aus folgenden Gründen:

daß es sich hier von keinem Kaufe, sondern einem Werkverdinge handle und auf Werkverdinge die gesetzlichen Vorschriften der Wandelklage keine Anwendbarkeit finden, darüber indessen, daß Beklagter einen neuen Amboß liefern wolle, kein Streit sei.

Einsender dieses als Respicient vertheidigte seine abweichende Ansicht folgendermaßen zu den Akten:

Der Grundsatz, auf welchem das reformatorische Erkenntniß beruht, ist im Gesetze nirgends ausgesprochen, vielmehr schweigen die L. R. S. 1787 ff. ganz von den Voraussetzungen, unter welchen ein Werkverdingsvertrag wegen Nichterfüllung oder ungenügender Erfüllung aufgehoben werden dürfe. Daraus kann der Respicient nicht schließen, daß der Werkunternehmer es in der Hand habe, den Werkbesteller zu Haltung seiner Bestellung oder seines Vertrages unbedingt zu nöthigen, und daß dieser statt der verunglückten ersten Arbeit eine zweite, dritte und sofort in infinitum annehmen müsse, die Umstände mögen sich indessen noch so sehr geändert haben. Vielmehr würden im Zweifel die Bestimmungen des L. R. S. 1184, als auf jeden Vertrag anwendbar, auch hier gelten müssen, ohne Rücksicht darauf, ob die L. R. S. 1641 ff., welche von der Gewährleistung für Fehler der verkauften Sache handeln, für den Kaufvertrag noch gewisse Singularitäten festsetzen. Es gehört unter die stillschweigenden Bedingungen nicht nur des Kaufes, sondern eines jeden Vertrages, welcher die Lieferung eines dem öffentlichen Verkehr ausgesetzten Gegenstandes beabsichtet, daß dieser Gegenstand dem Zwecke seines Gebrauches entspreche, widrigenfalls der Vertrag, je nach den Umständen entweder ungeschlossen bleibt, oder wieder aufgehoben werden kann. Dergleichen stillschweigende Bedingungen verstehen sich auch zuweilen hinsichtlich der Zeit der Lieferung, z. B. wenn die Bestellung für eine unverschiebliche Reise, zum Behuf einer Feierlichkeit und dergl. gemacht wäre. In einem, wie in dem andern Falle wäre der Vertrag nicht auf die Weise, wie es dem Besteller allein nützen könnte, erfüllt worden, folglich so gut als gar keine Erfüllung geschehen. Darum könnte der Besteller einer Arbeit, die ihm in schlechter oder vollends in ganz unbrauchbarer Qualität geliefert wird, nicht genöthigt werden, dieselbe durch eine besser qualificirte sich ersetzen zu lassen; eine neue Bestellung wäre ein neuer Vertrag, zu

*) Praktisch ergibt sich indessen das Resultat, daß die Partei, welche sich in dem vorausgegangenen Verfahren, d. h. bei der Beweisantizipation die Eideszuschiebung vorbehielt, alsdann, wenn wegen Unzulänglichkeit des Beweises eine Anweisung nach §. 674 a. erfolgt, innerhalb der ihr noch vergönnten Frist zum Beweisnachtrag die vorbehaltene Eideszuschiebung nun wirklich geltend macht. D. R.

Digitized by Google

dessen Eingehung er nicht gezwungen werden kann; es müßte ihm die in L.R.S. 1184 frei gestellte Wahl bleiben, welche von jener des L.R.S. 1644 nur wenig verschieden ist.

Allein selbst jener Gattung von Werkverding, wovon es hier sich handelt, nämlich dem gemischten Werkverdinge, wird vom Gesetze ein eigenes, vom reinen Werkverdinge verschiedenes Rechtsverhältniß beigelegt. Der L.R.S. 1711 Nr. 5 handelt nur vom reinen Werkverdinge, und schreibt nur diesem (neben dem Dienstverding und der Viehverstellung) besondere Regeln vor. Nach dieser Gesetzesstelle wäre also das gemischte Werkverding überhaupt nichts Anderes, als ein Kauf, wenn nicht der L.R.S. 1787 (Toullier T. IX. L. III. §. 250 glaubt, durch ein Uebersehen, indem man die Grundsätze des L.R.S. 1711 aus dem Auge verlor) unter dem Abschnitt von Werkverdingen auch das gemischte Werkverding wieder mit anführte. Will man den anscheinlichen Widerspruch beider Sätze für eine Antinomie halten (womit man doch nicht so freigebig seyn soll), dann hat allerdings das gemischte Werkverding mit dem Kaufvertrage nichts gemein, allein dann hat doch der L.R.S. 1184 seine volle Anwendbarkeit. Es ist aber eine Vereinigung beider Sätze gar wohl möglich, und es würde dann hieraus folgen, daß das gemischte Werkverding, wie auch der Name andeutet, eine Mischung aus Kauf- und Dienstverding, und in allen Beziehungen, wo die Regeln des Werkverdinges keine andere Bestimmung geben, an jene des Kaufes gebunden sei. Nun schweigt aber die Lehre vom Werkverdinge von demjenigen, was im Nichterfüllungsfalle eines solchen Vertrages Rechtens seyn soll.

Zu dieser Ansicht bekennen sich ausdrücklich Zachariä Thl. II. §. 374 mit der Bemerkung: „der Satz ist von Wichtigkeit, wegen der Gesetze, die man auf den Verdingungsvertrag in subsidium anzuwenden hat, unter Anführung von Maleville und Delvincourt, ad art. 1787 dann L. 2. C. loc. cond. und L. 66 (soll heißen 65) (D. de contrah. emt. vend.

Ferner Brauer Thl. III. S. 615 ff. „In dem Gemischten schmelzen zwei Verträge zusammen, ein Kaufvertrag und ein Dienstverding; aus diesem Gesichtspunkte sind nicht nur die nachfolgenden Sätze geflossen, sondern aus ihm muß auch für unentschiedene Vorfälle die Rechtsähnlichkeit in dem einen und dem andern Gesetzabschnitt gefolgert werden, je nachdem Eigenthumsübergang, auch Lieferung und Gewährleistung oder Beschaffenheit und Verdienst der Arbeit in Frage steht."

Thilo.

III.

Ueber die Pflicht der Gemeinden für ihre sich auswärts befindlichen dürftigen Angehörigen einzustehen, in sp. rücksichtlich des Schulgeldes.

Die Gewerbschule zu K. wird von vielen Lehrjungen besucht, welche aus andern Orten und arm sind; der Schulvorstand mußte daher von einer Anforderung des Schulgeldes an sie abstehen, wendete sich aber mit dem Ansinnen an deren Heimathsgemeinden, das Schulgeld für ihre Angehörigen aus der Gemeindekasse oder irgend einem andern dazu verfügbaren Fond zu entrichten; dieses Begehren wurde aber auf den Grund der Bestimmung in §. 33 der Verordnung vom 15. Mai 1834 (Regierungsblatt Nr. 27, die Einführung der Gewerbschulen betreffend) von der Hand gewiesen, und auch im Recurswege diese Abweisung bestätigt.

Die Bestimmung des §. 33 gedachter Verordnung, daß nämlich Unvermögliche von Entrichtung des Schulgeldes befreit seyn sollen, kann aber nur auf Einheimische anwendbar seyn, und für Fremde müssen wohl die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung gebracht werden.

Nach der Gewerbschulordnung ist der Besuch der Gewerbschule sämmtlichen im Orte anwesenden Gewerbslehrjungen, gleichviel ob Gemeindeangehörige oder nicht, geboten; es ist daher ebenso wenig in die Willkühr weder des Schulvorstandes noch des einzelnen Lehrjungen gestellt, Einzelne von dem Besuch der Anstalt ohne besonderen Grund zurückzuweisen, oder die Gewerbschule nur nach Belieben zu besuchen. Dabei erklärt sich auch die Bestimmung, daß die Unvermöglichen von Entrichtung des Schulgeldes befreit sind, indem dadurch eigentlich nur mit noch weiterer Bestimmtheit ausgesprochen ist, daß der Besuch der Gewerbschule unbedingt geboten ist, selbst die Unvermöglichen aus Mangel der Mittel zur Bezahlung des Schulgeldes nicht davon ausgeschlossen seyn sollen. Wer aber für die Unvermöglichen einzustehen hat, ist nicht ausgesprochen, — denn daß Jemand für sie einstehen muß, ist außer allem Zweifel, weil sonst die Anstalt ohne Dotation und ohne sich ergebende Mittel nicht bestehen könnte; wer aber dieser Pflichtige ist, bestimmt die Schulordnung nicht, es treten daher in dieser Beziehung die bezüglichen allgemeinen Bestimmungen in Wirksamkeit.

Nun ist es doch wohl außer allem Zweifel, daß jede Gemeinde für ihre Angehörigen im Falle der Noth einzustehen hat; der Besuch der Gewerbsschule, resp. das deßfallsige Schulgeld ist hierunter zu subsumiren, weil bestehende Verordnungen ihn gebieten, sohin ist auch die Bezahlung des Schulgeldes durch die Noth geboten,

Digitized by Google

weil die Existenz der Gewerbschule geboten, aber auch, um diese Existenz bei dem Mangel anderer Mittel möglich zu machen, das Schulgeld unentbehrlich — daher nothwendig ist. —

Ebenso muß es wohl rücksichtlich der Elementarschulen, resp. des Schulgeldes für dirselben besuchenden auswärtigen Schüler gehalten werden.*) Rheinländer.

IV.

Ueber die Bedingungen und Erfordernisse zur bürgerlichen Aufnahme und zum Antritte des angeborenen Bürgerrechts.

Zu dem Antritte des angeborenen Bürgerrechts wird nach dem §. 10 des Gesetzes vom 31. Dezember 1831 über die Rechte der Gemeindebürger und die Erwerbung des Bürgerrechts erfordert:

1) die Volljährigkeit,

2) der Besitz eines den Unterhalt einer Familie sichernden Vermögens oder Nahrungszweigs, und

3) insofern die Ausübung des Nahrungszweigs an gesetzliche Bedingungen gebunden ist, die Nachweisung, daß solchen Genüge gethan sei.

Das Gesetz übergeht hier eine wesentliche persönliche Eigenschaft eines Gemeindebürgers, den Besitz eines guten Leumunds, und überläßt, wie es scheint, der Praxis die §§. 18 und 19 des Gesetzes analog auch auf den Fall des Bürgerrechtsantritts anzuwenden, indem eine solche Eigenschaft als in der Natur der Sache gelegen auch ohne gesetzliche Bestimmung bei jedem Ehrenmanne vorausgesetzt werden muß. Dennoch wäre es zur Vermeidung unnöthiger Rekurse um so wünschenswerther, daß einem etwaigen Zweifel hierüber auf dem Wege der Gesetzgebung begegnet würde, als auch die landständischen Diskussionen dieses Erfordernisses nicht erwähnen.

Als gesetzliche Bedingung zur bürgerlichen Aufnahme eines Ortsfremden wird sodann, außer den bei dem Bürgerrechtsantritte aufgeführten Nachweisungen, nach §. 22 des Gesetzes nur noch der Besitz eines bestimmten Vermögens gefordert. Ob nun ferner dem neu Aufzunehmenden die Niederlassung an dem Orte der Aufnahme zur Bedingung gemacht werden könne, läßt das Gesetz unentschieden. Auf der einen Seite scheint eine solche weitere Bedingung gegen den §. 16 des Gesetzes zu verstoßen, wornach die Bürgeraufnahme nicht unter einer, die gesetzlichen Rechte des Gemeindebürgers beschränkenden Bedingung ertheilt werden darf, und da den gesetzlichen Rechten des Gemeindebürgers allerdings jenes, sich von seinen Mitbürgern entfernt zu halten, ebenfalls beigezählt werden muß; allein auf der andern Seite liegt es, wie das großherzogliche Ministerium des Innern bei Gelegenheit der Entscheidung eines Rekurses gewiß richtig bemerkt hat:

„in dem Geiste des Gesetzes, daß Derjenige, welcher in einer Gemeinde bürgerlich angenommen werden will, die Absicht haben muß, sich daselbst niederzulassen; denn nur unter dieser Voraussetzung kann er die Verbindlichkeiten, die er als Bürger hat, vollkommen erfüllen, und nur unter dieser Voraussetzung wird der Zweck der Vereinigung in einen Gemeindeverband erreicht."

„Auch erfordert das Gesetz (fährt jener Erlaß weiter) als Bedingung der Aufnahme einen bestimmten Nahrungszweig. Wer aber sich in einer andern Gemeinde niederlassen muß, um sich ernähren zu können, kann nicht behaupten, daß er sich in der Gemeinde, wo er als Bürger angenommen werden will, ernähren kann, und hat daher bezüglich auf diese Gemeinde keinen bestimmten Nahrungszweig."

Obwohl nun dieser Grundsatz nicht aus dem Buchstaben des Gesetzes abgeleitet werden kann, da dieses nicht einmal den Besitz einer Wohnung verlangt, welche doch zu einer Niederlassung im Orte unentbehrlich ist, und obwohl die Anwendung dieses Grundsatzes leicht umgangen werden kann, da dem einmal aufgenommenen Bürger nach §. 50 des Gesetzes frei steht, alsbald nach seiner Niederlassung in dem Orte seiner Aufnahme sich wieder an seinen vorigen oder jeden beliebigen Aufenthaltsort zu begeben, so muß man dennoch die Rechtsgültigkeit einer solchen, aus der Natur eines bürgerlichen Verbandes hervorgehenden Bedingung anerkennen, insoweit es sich um die Annahme Fremder handelt, welche sich erst in die Gemeindegesellschaft einkaufen.

Das großherzogliche Ministerium des Innern scheint aber den eben ausgesprochenen Grundsatz auch auf den Antritt des angeborenen Bürgerrechts ausdehnen zu wollen, wie aus einer Entscheidung desselben über einen dorthin gelangten Rekurs hervorgeht.

Die großherzogliche Regierung des Seekreises erkannte nämlich zu Gunsten eines Bürgersohnes, welcher die ordnungsmäßige Erlernung der Weberprofession und die Aufnahme als Meister nachgewiesen hatte, zur Zeit aber in einer auswärtigen Fabrik beschäftigt war. Auf den eingelegten Rekurs des Gemeinderaths verwarf das großherzogliche Ministerium das Gesuch um Zulassung zum

*) Es ist zwischen den Volksschulen und den Gewerbsschulen wohl ein Unterschied zu machen, indem hinsichtlich der Erstern ein besonderes Gesetz (der §. 44 des Gesetzes vom 28. August 1835) vorschreibt, daß das Schulgeld auch für die Unvermöglichen, und zwar aus der Gemeindekasse, zu bezahlen sey, wogegen hinsichtlich der Gewerbschulen kein Gesetz der Gemeinde eine solche Verbindlichkeit auferlegt, der §. 33 der Verordnung vom 15. Mai 1834 Rg. Bl. S. 221 vielmehr die unvermöglichen Schüler von dem Schulgeld frei erklärt, die Schule also nach dem §. 35 der nämlichen Verordnung durch andere Mittel schon so zu dotiren ist, daß sie des im Schulgelde der Unvermöglichen bestehenden Beitrags entbehren kann. D. R.

Digitized by Google

Antritte des angeborenen Bürgerrechts, unter Beifügung des folgenden Entscheidungsgrundes:

„Der Antritt des Bürgerrechts setzt die Niederlassung desjenigen, welcher sein angeborenes Bürgerrecht antreten will, in seiner Heimathgemeinde, und den Betrieb des nachgewiesenen Nahrungszweigs daselbst voraus."

Hiemit kann sich der Referent nicht einverstanden erklären. Bei dem Anteilte des angeborenen Bürgerrechts, wo der Bewerber bereits dem Gemeindeverbande angehört, und die Gemeinde nur insofern ein Interesse hat, die Nachweisung eines bestimmten Nahrungszweigs zu verlangen, als es ihr von Wichtigkeit ist, daß jeder Gemeindeangehörige seiner Zeit sich und seine Familie erhalte, steht der Bewerber sowohl als die Gemeinde auf einem ganz veränderten Standpunkte. Es mag der letztern freilich von mehr Vortheil seyn, wenn ein Bürgerssohn die in der Ferne erworbenen Kenntnisse und Erfahrungen in seinem Heimathorte zur Anwendung bringt; allein diese Rücksicht kann die Gemeinde überall nicht berechtigen, den Bürgerrechtsantritt an die Bedingung der Rückkehr zu knüpfen, denn auch in der Ferne kann der Bürger nach §. 53 des Gesetzes zur Erfüllung gewisser Pflichten angehalten werden. Es würde durch einen dergleichen Zwang eine wahre Confinirung der ganzen Nachkommenschaft einer Gemeinde an denselben Ort, gegen alle Regeln des Bevölkerungsprincips, herbeigeführt werden.

Hinsichtlich der Ausübung zunftmäßiger Gewerbe, welche zur Zeit noch an den Besitz des Ortsbürgerrechts gebunden ist, ergibt sich eine solche Maßregel von selbst, da der Bürgerssohn, wenn er das erlernte Gewerbe zunftmäßig treiben will, solches entweder nur zu Hause, wo er bereits Bürger ist, thun kann, oder zu diesem Behufe an einem andern Orte Bürgerrecht erwerben muß. Es können jedoch auch zünftige Gewerbe fabrikmäßig betrieben, oder freie Gewerbe und Künste zum Gegenstande des Erwerbs gemacht werden. In Fällen dieser Art wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn die Gemeinde dem auswärts sich aufhaltenden Bürgerssohn den Antritt seines Bürgerrechts verweigerte, aus dem Grunde, weil er sein Gewerbe nicht in seinem Heimathorte treibt, wodurch derselbe entweder zum ehelosen Stande oder zur bürgerlichen Niederlassung an einem andern Orte gezwungen würde.

v. Chrismar. *)

V.

Sind die Leibeigenschaftsabgaben ipso jure aufgehoben?

Auf den Grund einer Vergleichsurkunde vom 6. März 1789, worin es unter Nr. III. heißt:

„In Betreff des Besthaupts bei Sterbfällen sind sämmtliche Hofbewohner gehalten, dasselbe der Abtei Brombach nach dem von einem wohllöblichen Kellereiamt zu Bischofsheim dießfalls gemachten Anschlag oder Statu ad 5 pCt. jedoch also zu entrichten, daß die eine Hälfte des gemeldten Besthaupts einer wohllöblichen Kellerei, die andere Hälfte aber der Abtei zufalle" —

wurden die Erben des im Jahr 1833 verlebten Erbbeständers Lorenz Martin auf Entrichtung des Besthaupts von dem in ihren Besitz übergegangenen Antheil am Weickerstetter Hof gerichtlich belangt; der Unterrichter versagte aber durch Beschluß vom 1. Januar l. J. die Ladung nach Maßgabe des §. 358 der P. O. um deßwillen, weil das Besthaupt als eine aus dem ehemaligen Leibeigenschafts-Verhältniß entsprungene Abgabe durch die Gesetze vom 13. Juli und 5. Oktober 1820, so wie durch die Verordnung vom 5. August 1824 ausdrücklich für aufgehoben erklärt sei. Allein auf die klägerscherseits dagegen eingewandte Berufung ward die Ladung durch hofgerichtlichen Beschluß vom 9. Juni l. J. für zulässig erkannt und die weitere Verhandlung der Sache vor dem Appellationsgerichte angeordnet.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß durch die Gesetze vom 13. Juli und 5. Oktober 1820 (Regierungsblatt Nr. XII. und XV.) nur die persönlichen Leibeigenschaftsabgaben aufgehoben sind.

Nach Ansicht der Klage, worin behauptet wird, daß das hier gefordert werdende Besthaupt kein Ausfluß der Leibeigenschaft, sondern vielmehr lediglich eine Folge des gutsherrlichen Verbandes sei.

In Erwägung, daß für diese Behauptung der Art. III. des Vergleichs vom 6. März 1789 um so mehr spricht, als hiernach das Besthaupt zum Theil an die Abtei Brombach, zum Theil an die Kellerei Bischofsheim entrichtet werden mußte, während doch die Erbbeständer nicht zweien Herren zugleich leibeigen gewesen seyn konnten

In Erwägung, daß nach Art. II. Nr. 4 des Gesetzes *) vom 5. August 1824 (Regierungsblatt Nr. XVII.) zu den Leistungen, worüber noch bessere Beweise, daß sie ungetheilte Ausflüsse der Erbpflichtig- und Leibeshörigkeit seien — geführt werden müssen, namentlich Todfälle von lehnbaren Gutsbesitzern gehören, wobei glaubhaft nachgewiesen werden muß, daß unter der Rubrik „Besthaupt oder Erbtheilung" kein Laudemium oder sonstige Lehensrecognition begriffen sei.

In Erwägung, daß nach Art. XI. dieses Gesetzes die Cognition hierüber nicht den Gerichten, sondern ausschließlich den Administrativbehörden zusteht.

In Erwägung, daß aber, so lang die vorgeschriebenen Beweise nicht geführt und als vollgültig anerkannt sind, nach dem letzten Absatz des Art. II. die Leistung nicht versagt werden darf, und der Berechtigte, wie vor dem Edict vom 5. Oktober 1820 befugt ist, richterliche Hülfe dagegen nachzusuchen.

In Erwägung, daß also der Unterrichter die Ladung auf die Klage mit Unrecht versagt hat.

Nach Ansicht der §§. 253, 1109 und 1238 der P. O. A. d. G. ꝛc.

Bayer.

*) Regierungsrath zu Konstanz.

*) Es wäre zu wünschen, daß doch wenigstens in gerichtlichen Akten die Ausdrücke „Gesetz" und „Verordnung" nicht mehr ungebührlich mit einander verwechselt würden.

Gesetze können nach dem §. 65 (im Einklange mit §. 60 und 64) der Verfassungsurkunde nur mit Zustimmung der Stände erlassen werden, wogegen der §. 66 diejenigen allgemeinen Vorschriften, welche der Großherzog ohne Mitwirkung der Stände erläßt, Verordnungen und Reglements nennt.

Nun ist das Generale vom 5. August 1824 ohne Zustimmung der Stände nur von dem Großherzog ausgegangen, es ist also eine Verordnung und kein Gesetz. Man könnte zwar über solche falsche Bezeichnungen als über bloße Namen hinwegsehen, aber mit den falschen Namen schleichen sich leicht auch falsche Vorstellungen ein, und um die gesetzlichen Begriffe rein zu erhalten, muß man auch an der gesetzlichen Sprache festhalten. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 9. März 1839.

I.

Wird durch den dreißigjährigen Besitz von Aussichtsfenstern auch die servitus non altius tollendi erworben?

(Vergl. Annalen von 1838 Nr. 26 und 1837 Nr. 7.)

Die verschiedenen Meinungen der französischen Juristen über diese Frage sind angeführt in Lauckhards Rechtsfällen II. Bd. S. 332.

Das Oberhofgericht ist auch in neuester Zeit der verneinenden Beantwortung beigetreten.

Die in den Annalen l. c. enthaltene — aus den Vorschriften unseres Landrechts genommene Begründung dieser Ansicht scheint mir jedoch sehr erhebliche Zweifel übrig zu lassen.

Das Oberhofgericht nimmt zwar im Allgemeinen an, daß durch den dreißigjährigen Besitz von Fenstern, welche gegen die Vorschrift des Gesetzes eine Aussicht auf des Nachbars Gut gewähren, eine Verjährung vor sich gehen könne. Die Wirkungen, welche man dieser Verjährung zuschreibt, sind jedoch von der Art, daß dieselbe nur als eine erlöschende, nicht aber als eine erwerbende Verjährung betrachtet werden kann, wie auch Merlin selbst zugibt.

Siehe Lauckhard l. c.

Der Nachbar verliert nämlich die seinem Gute kraft Gesetzes (Satz 678) zustehende Gerechtigkeit, das Zumauern dieser Fenster zu verlangen. Mehr als diese actio confessoria verliert er aber nicht, sowie der Hauseigenthümer andererseits auch nichts weiter erwirbt, als die Freiheit seines Eigenthums von einer gesetzlichen Dienstbarkeit und keineswegs ein Recht, die Freiheit des Nachbarguts zu beschränken, also keine aktive Dienstgerechtigkeit, keine actio confessoria.

Vergl. Duranton l. c.

Nach L. R. S. 689 soll aber das Daseyn eines Fensters nicht blos die Freiheit von einer Dienstgerrechtigkeit, sondern es soll ein aktives Recht zu Gunsten des Hauses ankünden, in dem es angebracht ist, und ein solches Recht ist nur dann vorhanden, wenn die nach Satz 544 im Eigenthum begriffenen Befugnisse zu Gunsten eines andern Grundstücks auf irgend eine Art beschränkt werden.

Es ist daher zunächst unrichtig, wenn das Oberhofgericht die von ihm statuirte Verjährung als eine erwerbende darstellt, sowie es mit dem Satz 689 im Widerspruche steht, wenn man ein (natürlich gegen die Vorschrift des Gesetzes angelegtes) Fenster als Zeichen des Nichtdaseyns einer Gerechtigkeit betrachtet, statt daß man nach dem Gesetze ein Merkmal der Existenz einer Servitut darin erkennen sollte.

Der Verlust des Klagrechts auf Zumauerung der Fenster wäre nach Satz 707 ohnedieß eingetreten, und es hätte der Vorschrift des Satzes 689 nicht bedurft, wenn das Gesetz nur den Verlust einer Gerechtigkeit aus der Fensteranlage folgern wollte.

Schon daraus allein dürfte sich ergeben, daß die oberhofgerichtliche Ansicht mit dem Satze 689 nicht wohl zu vereinigen ist. Ihre Vertheidiger scheinen mir darin zu irren, daß sie dasjenige, was das Gesetz blos für ein Merkmal einer Servitut erklärt, und was auch der Natur der Sache nach nur ein Mittel ist, um eine Servitut auszuüben, für die Servitut selbst erklären. Der Hauseigenthümer — sagt man — besitzt verbotene Fenster. Das Recht, diese Fenster zu haben, resp. der Besitz derselben wird ihm durch das Urberbauen des nachbarlichen Grundstücks nicht genommen, und mehr kann er nach der Regel, „in quantum possessum in tantum praescriptum," nicht verlangen. Sollte man aber nicht so sagen:

„der Hauseigenthümer hat eine Aussicht und die Fenster sind das Mittel, wodurch er den Besitz der Aussicht erreicht. Sie sind das Merkmal, welches dem Nachbar ankündet, daß jener das Recht der Aussicht in Anspruch nimmt"

Unser Gesetzbuch kennt meines Erachtens keine Dienstgerrechtigkeit: „Aussichtsfenster ohne ein Aussichtsrecht zu haben." Dieses würde, wie oben gezeigt, dem Begriffe einer Servitut widerstreiten. Das Daseyn einer mit Glas verschlossenen Oeffnung in der Mauer ist an und für sich

Digitized by Google

nur ein Mittel, um das Recht der Aussicht auszuüben, wie sich aus den Sätzen 688 und 689 und aus der Natur der Sache ergibt.

Was nützen Fenster, ohne das Recht, etwas durch dieselben zu sehen? Und ein Recht der Aussicht ist doch gewiß nicht vorhanden, wenn mir der Nachbar durch Bauen, folgeweise auch durch jede andere ihm beliebige Vorrichtung, sobald es ihm gefällt, die Möglichkeit entziehen darf, in einen freien Raum zu schauen.

Nach der Meinung des Oberhofgerichts könnte man wohl das Recht erwerben, ein Fenster, also ein Mittel für eine Dienstgerechtigkeit zu haben, aber der Zweck selbst, nämlich das Recht der Aussicht, ließe sich durch Verjährung nie erreichen.

Das System des Gesetzbuchs über die erwerbende Verjährung der Servituten scheint jedoch auf dem umgekehrten Satz zu beruhen, daß Derjenige, welcher das Daseyn des Mittels zum Zwecke duldet, auch das Recht anerkennt, diesen Zweck zu erreichen, und folgeweise die Verbindlichkeit, alles zu unterlassen, was die Möglichkeit der Ausübung hindert. Es ist ihm nicht allein untersagt, das Merkmal zu zerstören, sondern er darf überhaupt nichts unternehmen, was den Gebrauch und Zweck desselben hindert. Satz 701. Das Gesetz verbietet die Anlage von Fenstern nicht der Fenster wegen, sondern deßhalb, damit man durch dieselben keine Aussicht haben soll. Die Consequenz erfordert nun, daß dem conträren Besitzstand auch die entgegengesetzte Wirkung, also die Erwerbung dieser an und für sich verbotenen Aussicht zugeschrieben wird.

Auch eine an verbotener Stelle angelegte Thür ist das Merkmal einer Dienstgerechtigkeit. Nach der oberhofgerichtlichen Ansicht dürfte der Hausbesitzer nach Ablauf von dreißig Jahren zwar seine Thür behalten, was aber das Ein- und Ausgehen, also den Gebrauch und Zweck derselben betrifft; so darf der Nachbar diesen durch Aufführung eines Baues, folglich auf jede andere ähnliche Art verhindern.

Und so würde in allen Fällen nur der Besitz des Merkmals einer Servitut aber nicht diese selbst erworben.

Was endlich noch die Bemerkung betrifft, daß die servitus non altius tollendi gar nicht durch Verjährung zu erwerben sei; so kann diese Vorschrift nur da zur Anwendung kommen, wo diese Servitut als eine für sich selbst bestehende geltend gemacht wird. Sie kann z. B. bestehen, ohne mit irgend einem Aussichtsfenster in Beziehung zu seyn.

Dieß hindert aber nicht, daß jene Gerechtigkeit eo ipso in einer andern enthalten, also eine einzelne Wirkung einer anderen seyn kann, (vergl. Satz 696) und in diesem Falle wird es nur darauf ankommen, ob diese andere Gerechtigkeit der Aequisitiv-Verjährung fähig ist oder nicht.

Findet diese, wie bei der Aussicht und zwar in Folge der Anlegung von Fenstern, statt, so folgt hieraus, daß der Nachbar nichts unternehmen darf, was die Aussicht hindert, also auch keinen Bau.

Anders würde die Frage natürlich dann zu beantworten seyn, wenn die Anlegung von Fenstern eine Sache der freien Willkühr wäre. Stabel.

II.

Kann die Beurkundung der Anerkennung eines natürlichen Kindes durch einen Beamten des bürgerlichen Standes nur in der Geburtsurkunde geschehen?

(Zu Annal. I. 55 und 60.)

Wie viel auch im ersten Augenblicke die von Brauer, Erläuterungen 1r Bd. S. 106, 240 und wieder in den oben angeführten Aufsätzen aufgestellte, unsere Frage bejahende, Ansicht für sich zu haben scheint, so möchte doch bei einer näheren Prüfung vorliegende Frage die von Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts §. 568 und in §. 12 der Dienstweisung für die Pfarrer als Beamten des bürgerlichen Standes vom Jahr 1817 ausgesprochene entgegengesetzte Ansicht, den Vorzug verdienen.

Ich erlaube mir das Resultat meiner hierüber angestellten Untersuchung, zu welcher ich durch die Revision mehrerer bürgerlicher Standesbücher, in welchen sich häufig Beurkundungen der Anerkennung natürlicher Kinder später als deren Geburtsurkunden eingetragen vorfanden, veranlaßt wurde, hier niederzulegen.

Man hat bei der Abfassung des Code Napoleon dem Staatsrathe den Vorschlag gemacht, dem Civilbeamten des Wohnsitzes des Vaters ausschließlich das Recht zur Aufnahme einer Anerkennungsurkunde zu ertheilen. Dieser Vorschlag wurde aber verworfen, Pailliet manuel de droit français Code civil art. 334 (a) 6; denn der L. R. S. 334 sagt ganz allgemein: die Anerkennung eines natürlichen Kindes soll durch eine öffentliche Urkunde vollzogen werden, sobald sie nicht in dessen Geburtsurkunde geschehen ist.

Eine öffentliche Urkunde ist eine jede, die von solchen öffentlichen Beamten, welche an dem Ort des Geschäfts zu beurkunden berechtiget sind, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt worden ist, L. R. S. 1317. Die Pfarrer sind als Beamte des bürgerlichen Standes mit der Führung der bürgerlichen Standesbücher, d. h. der Geburts-, Ehe- und Todtenbücher beauftragt, §. 6 des zweiten Einführungsedicts von 1809, daher die von ihnen aufgenommenen Beurkundungen, insofern sie in die Standesbücher gehören, öffentliche Urkunden. L. R. S. 45, 47, 48.

Jede Geburtsurkunde muß nun den Namen der Eltern und den des Vaters alsdann enthalten, wenn die Vaterschaft

Digitized by Google

ehelich oder außer der Ehe gehörig zugestanden ist, L. R. S. 57, 57 a; die Anerkennung kann in der Geburtsurkunde geschehen, L. R. S. 334; und die Beurkundung der spätern Anerkennung soll in die Geburtsbücher eingetragen und hievon am Rande der Geburtsurkunde, wie bei allen Berichtigungs- und Ergänzungsurkunden, Meldung gethan werden. L. R. S. 62, 101, 49. Die Anerkennungsurkunde gehört also immerhin in die Gebuetsbücher und steht mit der Geburtsurkunde in solch inniger Verbindung, daß sie als Bestandtheil und Ergänzungsurkunde derselben zu betrachten ist.

Die Ergänzung eines mangelhaften Standesscheins steht zwar nicht dem Beamten des bürgerlichen Standes, sondern der gehörigen Gerichtsstelle resp. der betreffenden Polizeibehörde zu. L. R. S. 99 bis 101, §. 9 des zweiten Einführungsedicts. Allein diese Bestimmung, die auf solche Auslassungen und Fehler sich bezieht, welche durch ein Versehen des Standesbeamten herbeigeführt wurden, kann auf die spätere Anerkennung, die lediglich von der Willkühe des Vaters abhängt, L. R. S. 340, 57 a, keine analoge Anwendung finden; es verordnet daher das Gesetz ausdrücklich, daß die Beurkundung der spätern Anerkennung durch den Standesbeamten selbst aufgenommen werden könne. L. R. S. 62. Denn diese letztallegirte Gesetzstelle spricht von einer Beurkundung der spätern Anerkennung — l'acte de reconnaissance — und nicht von einer öffentlichen Urkunde über die spätere Anerkennung — l'acte authentique —; sie will die Beurkundung auf den Tag, da die Anerkennung geschieht, eingetragen haben, während eine fremde Urkunde erst an dem Tag, da sie dem Beamten des bürgerlichen Standes zugestellt worden, eingetragen werden kann und muß, L. R. S. 101; sie erwähnt mit keiner Sylbe einer Verpflichtung der Parteien oder öffentlichen Beamten zur Bewirkung des Eintrages der öffentlichen Urkunde in die Standesbücher, wie eine solche in L. R. S. 264, 294,, 359, 101 vorgeschrieben ist; und steht überhaupt mit den Stellen, die von der Selbstbeurkundung der Standesbeamten sprechen, hinsichtlich der Wortfassung im vollkommensten Einklange, vergl. L. R. S. 42. Das Recht der Selbstbeurkundung des Standesbeamten hinsichtlich der spätern Anerkennung wird aber dadurch ganz unzweifelhaft, daß nach L. R. S. 331 die unehelichen Kinder von den Eltern in der Heirathsurkunde selbst, also nach der Geburtsbeurkundung von dem Beamten des bürgerlichen Standes anerkannt werden können, ohne daß dieser Bestimmung in L. R. S. 334 als besondere Ausnahme gedacht ist.

Da demnach die Beurkundung der Anerkennung durch den Standesbeamten gestattet, sonst aber nicht bestimmt ist, welche Art der öffentlichen Urkunde zur Gültigkeit einer Anerkennung erfoederlich und welcher Beamte allein eine solche aufzunehmen berechtiget sei, so kann sie nicht nur durch den Beamten des bürgerlichen Standes des Wohnsitzes des Vaters und Kindes in der Geburtsurkunde des Kindes und Heirathsurkunde der Eltern oder auch in einer andern eigenen Urkunde geschehen, sondern durch jeden öffentlichen Beamten, welcher Urkunden der Art aufzunehmen berechtiget ist, wie z. B. auch durch den Richter und Staatsschreiber. Das Gesetz läßt also zur Begünstigung der Anerkennung die größt möglichste Freiheit zu, hinsichtlich der Form und Art der öffentlichen Urkunde, sowie hinsichtlich der Wahl ihres Verfassers. Dagegen ist jede Anerkennung, die durch eine Privaturkunde geschehen ist, nichtig, indem die verlangte Oeffentlichkeit der Urkunde, bei dem Verbot der Nachfrage, wer Vater eines unehelichen Kindes, L. R. S. 340, eine nothwendige Förmlichkeit ist, um sich der Freiheit der Anerkennung desto gewisser zu versichern, L. R. S. 6 k, und nicht bloß eine Ausnahmsbestimmung der in L. R. S. 319 bis 325 enthaltenen Vorschriften über den Beweis der ehelichen Kindschaft, vergl. L. R. S. 46, 1348.

Haager.

III.

Die Bestrafung des Gebrauchs einer falschen Privaturkunde vor Gericht.

In Sachen Faber gegen Walter, Forderung betreffend, wurde von dem Anwalt des Beklagten mit der Appellationsbeschwerdeschrift zum Beweis der Zahlung eine Quittung vorgelegt, des Inhalts:

„Zwei und zwanzig Gulden von H. Löwenwirth Walter abschläglich erhalten zu haben, bescheinige ich hiermit. Mudau, den 29. Juli 1835."

22 fl.

J. C. Faber — Thäter.

In der nach Entscheidung des Civilpunktes gegen Walter eingeleiteten Untersuchung wurde nun das Datum für verfälscht erkannt, weil augenfällig Jan. in Juli umgeändert worden ist.

Bei der hofgerichtlichen Deliberation vom 16. Mai 1837 ergab sich indessen rücksichtlich der Bestrafung dieses Falles eine Meinungsverschiedenheit darüber: ob die Bestimmung sub lit. d und jene sub lit. a des §. 48 unseres Strafedicts zur Anwendung komme? Die Minorität glaubte nämlich, daß die sub lit. a dictirte Strafe nur dann eintrete, wenn die vor Gericht gebrauchte Urkunde eine öffentliche sei, weil es sub lit. b heiße: „doch beides nur in dem Falle, wenn die nachgemachte oder

Digitized by Google

in ihrem inneren Gehalt veränderte Urkunde eine öffentliche war."

Die Majorität nahm dagegen an, daß lit. d von dem Falle handle, wenn eine verfälschte Privaturkunde bloß außergerichtlich gebraucht werde, während sub lit. b davon die Rede sei, wenn eine öffentliche Urkunde verfälscht und gebraucht worden. Hier werde unterschieden, ob die Verfälschung fein oder grob angelegt war und für den ersten Fall die Strafe des Diebstahls mit Einbruch, für den zweiten hingegen jene des Diebstahls mit Einsteigen gedroht. Darauf bezögen sich die Worte: „doch beides ꝛc." Der vorliegende Fall sei daher unter lit. a zu subsumiren, weil die verfälschte Privaturkunde in dem oben rubricirten Rechtsstreite als Beweismittel producirt worden sei, um vor Gericht eine nur einmal geleistete Zahlung doppelt geltend zu machen. Da nun wissentlicher und vorsätzlicher Gebrauch falscher Urkunden nach lit. g ebenso bestraft werden soll, wie deren Verfertigung, so wurde in Anwendung des §. 40 verbunden mit §. 28 des Strafedicts auf ein Jahr Zuchthaus erkannt.

Dieses Urtheil erhielt auf den von Walter ergriffenen Rechtsrecurs unterm 30. April 1838 die oberhofgerichtliche Bestätigung, und zwar aus dem Grunde, weil hier nicht sowohl eine eigennützige Verfälschung (lit. d) als vielmehr eine versuchte Rechtsbeugung (lit. a) in Frage sei, welche besonders schwer bestraft werden soll, weil der Thäter nicht bloß seinen Gegner im Prozeß, sondern auch die mit Verwaltung der Gerechtigkeit beauftragte Obrigkeit zu betrügen wage und sich dadurch an der Gesammtheit der bürgerlichen Gesellschaft vergehe, wofür ihn folgeweis die Strafe des falschen Zeugnisses treffen müsse.

Bayer.

Anmerkung der Redaktion.

Diese Frage ist jedenfalls noch sehr zweifelhaft und die obige Entscheidung derselben steht auch mit andern Entscheidungen (selbst des Oberhofgerichts) über dieselbe Frage im Widerspruch. Mit falschen Privaturkunden kann der Betrug als der Zweck der Fälschung außergerichtlich meistens leichter durchgesetzt werden, als bei einer Produktion vor Gericht, wo jeweils der Beweis der Aechtheit gefordert wird; der außergerichtliche Gebrauch (z. B. von falschen Wechseln u. d. gl.) ist also in der Regel gefährlicher, als der gerichtliche.

Was aber die grammatikalische Auslegung des §. 48 des Strafedicts betrifft, so ist sowohl unter lit. a als unter lit. b von eigennützigen Fälschungen die Rede, und wenn nun unter lit. d gesagt wird:

„Haben jene eigennützigen Verfälschungen nur eine Privaturkunde betroffen, ꝛc."

so bezieht sich das jene nicht blos auf die unter b genannten, welche außergerichtlich gebraucht wurden, sondern auch auf jene unter a, welche vor Gericht produzirt worden sind, und es enthält lit. d eine Abänderung der Bestimmungen sowohl unter a, als unter b, für den Fall, da die gebrauchte falsche Urkunde nur eine Privaturkunde ist.

So ist die Sache auch im neuen Strafgesetzentwurf behandelt. Es ist dort nur unterschieden, ob die falsche Urkunde zu einem gewinnsüchtigen oder zu andern Zwecken gebraucht wurde, und ob sie eine öffentliche oder nur eine Privaturkunde sei. Es ist aber kein Unterschied gemacht, ob eine falsche oder verfälschte Privaturkunde zu einem gewinnsüchtigen Zwecke vor Gericht oder nur außergerichtlich gebraucht werde.

D. R.

IV.

Curiosum.

Am 11. Jenner l. J. ist bei dem großherzoglichen Hofgericht des Unterrheinkreises nachstehende Vorstellung eingelaufen:

> Untertänigster Antrag mehrere in dissem jahr bey der Konstrepzeon Kleinen und mangelhaften befindlichen Reckruten
>
> gegen
>
> den Herrn Amtmann ꝛc.

Unter dem 24. september d. J. wurden wir im Ambt befindliche Reckruthen zum lossen auf dieses jahr vorgerufen, Gros und Klein erschien, auch alle Bürgermeister wahren gegenwerdig wie gehörig, da nun die Losung angfangen werden soll, nahm der herr Ambtman das word und sprach jezt wünschte ich das die grose alle die niedere und die Krüphel die hohe nomeren bekomen würden. Da wir Klein von persohn und auch zum theil mangelhaft ist nicht unsere Eigene schult, Gott hat uns so geschafen, wir lesen im alten testament von Einem Kleinen David, und im Evangelium beym luckas am 19. Kapitel von Einem man nahmens zagäus der auch Klein von wucks war, so glauben wir uns Einer öffendlichen Beschimpfung ausgesezt zu sein, da jede Beschimpfung nach dem gesez bestraft so wollen wir Einem Grosherzoglichen hochpreislichen hofgericht die anzeige machen, weil man jezt noch mit jedem tag den nahmen Krüphel hören muß.

B..... den 30. Oktober 1838.

†

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 11. | Karlsruhe den 16. März 1839.

I.

Zu Nr. 20 der Annalen von 1838 als Fortsetzung der Abhandlung über das Benef. appellationis neue Thatsachen ꝛc.

Nach älterm römischem Rechte durfte in der Appellationsinstanz Alles nachgetragen werden, was eine Abänderung der sententia a qua begründen konnte, L. 6 & 37 in fin. Cod. 7, 62; Justinian aber hat in L. 4 Cod. 7, 63 ein beschränkendes Prinzip aufgestellt, indem er sagt: „Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus tam appellatori quam adversae parti novis etiam adsertionibus utendi, vel exceptionibus quae *non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae.*“ — Die Auslegung dieser Gesetzstelle war in den ältern und neuern Zeiten und ist noch heutigen Tages sowohl bei den Schriftstellern einer Controverse, als auch bei den Gerichten einer verschiedenartigen Praxis unterworfen.*) Unter den ältern Juristen hat schon

*) Das kanonische Recht gestattet das Beneficium der Novorum nicht, namentlich in der Clem. 5 de appell. 2, 12, wo gesagt wird: Appellanti ab interlocutoria, vel a gravamine judicis, non licet alias causas prosequi, quam in appellatione sua nominatim duntaxat expressas: *nec processus primi judicis ex novis, aut de novo probandis justificari potest, vel etiam impugnari: sed tantum ex illis, quae acta fuerunt, vel exhibito coram ipso.*“

Gensler ist zwar anderer Meinung und sagt, das kanonische Recht kenne dies Prinzip in Cap. 4 de except. 2, 25 allein! die fr. Gesetzstelle spricht gar nicht von diesem Gegenstand, sondern verordnet, daß die dilatorische Einreden alle innerhalb einer vom Richter zu bestimmenden Frist vorzutragen seien, nachher aber die Parteien nicht mehr damit gehört werden sollen, ausgenommen, wenn die Einreden neu entstanden sind, oder Derjenige, welcher sie opponirt, beschwört, daß er erst Kenntniß davon erlangt habe? Wer sieht nicht, daß hier nicht vom Benef. der Appellation, sondern von der Wiederherstellung contra terminum lapsum ex capite novorum die Rede ist.

Die vormaligen deutschen Reichsgesetze, namentlich die K. G. O. v. J. 1555. Th. 3, Tit. 53, §. 5 ließen noviter emergentia & reperta zu, jedoch mit Verbieten eines neuen Klagegrundes. Diese Gesetze haben aber, besonders durch den vorgeschriebenen Gefährdeeid die Zweifel über das Princip vermehrt und das Rechtsmittel der Restitution mit der Appellation vermengt.

Hartmannus Pistor in seinen quaest. jur. lib. 4. q. 23. no. 19 die verschiedenen Meinungen der Gelehrten angeführt und loc. cit. n. 21 den Satz aufgestellt:

„in quantum in prima instantia *post litem contestatum* libello quoad substantiam non mutato aliquid circa eum innovare vel ei addere licet, in tantum id quoque licet in judicio appellationis: atque inde facultas nova deducendi ex parte actoris aestimanda est; non igitur aliam rem petere nec aliam plane actionem instituere licet, quam quae in priori judicio instituta fuit; attamen *licet ejusmodi novam causam offerre, quae comprehendi potest sub actione* in priori instantia instituto.

Gleiche Ansicht entwickelt *Vultejus* de jud. lib 2. cap. 4 n. 191.

Eben so *Maranta* part. 6 tit. et quandoque appellatur n. 163, indem er unter Anderm sagt:

„Similiter si petii rem *una actione* et succubui, non possum in causa appellationis prosequi eandem *alia actione*, quia est *novum capitulum:* secus. *quando in appellatione mutatur causa, quae potest includi sub generalitate primi libelli:* ut si petii rem ad me spectantem jure domini, non adstringendo ad aliquam causam specialem, et deinde in primo processu prosecutus sum causam emtionis et succubui, possum in appellatione prosequi causam legati, vel aliam, ex qua dominium potest acquiri, quia ista nova causa potest includi sub primo libello generaliter loquente de dominio.“

So generell darf die Klagschrift nicht abgefaßt seyn,

Digitized by Google

daß ſie den Erwerbungsgrund des Eigenthums nicht anführt, ſie muß vielmehr eine klare und vollſtändige Geſchichtserzählung enthalten, in welcher die thatſächlichen Umſtände begriffen ſind, aus welchen der Rechtsgrund zur Klage abgeleitet und womit das Begehren gerechtfertigt wird. Iſt die Klage nicht ſo beſchaffen, ſo muß ſie vom Richter dem Kläger zur Verbeſſerung zurückgegeben, und wenn den Mängeln an Deutlichkeit und Vollſtändigkeit nicht abgeholfen wird, augebrachtermaßen verworfen werden. Iſt hingegen die Klage gehörig beſchaffen, ſo muß Ladung erkannt und dem Beklagten die Antwort darauf auferlegt werden. Iſt dieſe erfolgt, ſo iſt der Streitpunkt (status controversiae) feſtgeſetzt und es geht nicht an, daß der Kläger nach der Einlaſſung des Beklagten auf die Klage einen neuen Klaggrund — nova causa — vorbringe, und es iſt der Fall nicht möglich, wenn die Klagſchrift die erforderliche Eigenſchaft hatte, daß noch ein beſonderer, unter dem allgemeinen Klaggeund enthaltener nachgetragen werde, denn es genügt nicht, daß der Rechtsgrund (die ſ. g. causa proxima, oder der generelle Grund,) z. B. das Eigenthum an der Sache, die man vindicirt, angeführt werde, ſondern es muß der thatſächliche Hergang, aus welchem das Eigenthum als Rechtsgrund gefolgert wird (die causa remota oder specialis), deutlich und vollſtändig vorgetragen werden. Iſt die Klage ſo beſchaffen, wie ſie ſeyn ſoll, ſo kann meines Dafürhaltens keine neue causa vorgebracht werden, ohne daß ſie nicht zugleich eine neue Klage enthielte. Dies zeigen auch ſelbſt die von *Maranta* angeführten Beiſpiele, denn es iſt doch gewiß nicht eine und die nämliche Klage, wenn eine Sache zuerſt mittelſt eines behaupteten Kaufvertrags in Anſpruch genommen worden und der Kläger unterlegen iſt, derſelbe nachher ſich auf den Titel eines Legats gründen will. Jeder beſondere Titel oder causa erzeugt ſeine beſondere Klage (actio) als Rechtsmittel.

In gleichem Irrthum befindet *Ludolph Hugo*, obgleich er ſeine „Consultatio de abusu appellationum tollendo et Camera Imperiali immenso earum cumulo levanda“ in der Abſicht geſchrieben hat, die Nachtheile des ſ. g. Beneficiums der Appellation, neue Thatſachen vorzubringen u. ſ. w, ins Licht zu ſtellen und deſſen Abſchaffung anzurathen. Er ſagt nämlich unter Anderm: una eademque actio ex variis causis specialibus nasci potest. Petit v. gr. quis usuras ex pacto bonae fidei adjecto: non obtinuit: in judicio appellationis easdem petit ex *mora*. Potest hoc fieri non mututo genere actionis. Vel agit emtor post rei sibi venditae nondum autem traditae interitum ad ejus aestimationem: dicit, venditorem periculum recepisse, cum non obtinuisset, in judicio appellationis contendit, rem culpa venditoris interiisse, quam amplam facultatem nova deducendi actores habeant, ex his satis manifestum est.“ Es iſt erſt noch eine Frage: ob in den angeführten Beiſpielen die nämliche Klage beibehalten worden iſt, wann in der Appellation ein neuer Klaggrund aufgeſtellt worden. Es ſcheinen mir obige Schriftſteller hauptſächlich auf die Identität des Streitobjects zu ſehen und, wann dieſe vorhanden iſt, in der Anführung eines neuen Klagegrundes keine unerlaubte Klagänderung zu erkennen. Allemal iſt, der Identität des Streitgegenſtandes ungeachtet, der Zuſtand des Streites (status controversiae) verändert, denn würde z. B. in der erſten Inſtanz über die Thatſache der Uebernahme der Gefahr von Seite des Verkäufers geſtritten, ſo iſt nunmehr in der Appellation ein ganz anderer Grund, nämlich eine Mora des Verkäufers aufgeſtellt, wovon die Entſcheidung der Sache abhängen ſoll. Nimmt man ſolche neue Thatſachen in der Appellation an, ſo iſt dann die Identität des Streits (wenn auch nicht des Objects) aufgehoben und dem Grundſatze zuwider gehandelt, nach welchem das Appellationsverfahren jenem in erſter Inſtanz nach der Einlaſſung auf die Klage (post lit. contest.) gleichgeſtellt ſeyn, nämlich keine Aenderung der Klage geſtattet ſeyn ſoll. Vom Beklagten ſagt deeſelbe: reus quoque nova defensione uti potest, vel nova exceptione, ex gr. is, a quo tamquam spurio petebatur haereditas, in prima instantia negavit, se illegitime natum: cum succubuisset, in judicio appellationis dixit se legitimatum; vel qui in prima instantia dixerat, debitum esse solutum, in judicio appellationis praescriptionem objicere potest.“ Eben ſo gibt derſelbe dem Kläger neue Repliken zu: „ex gr. vindicavit quis feudum, cumque ei objectum esset, quod ex primo acquirente non descenderet, post longam concertationem hac de re institutam victus est. In judicio appellationis replicat, feudum esse hereditarium et sic sufficere, quod defuncto vasallo proximus sit. De hac igitur quaestione nunc denuo certamen instituunt.“ Was die neuen Beweiſe betrifft, ſo wird geſagt: „Probationes novae tot modis fieri possunt, quot probationum genera sunt — de testibus autem questio est etc.“

Brunnemann in tract. jurid. de processu fori cap. 28 pag. 295 und 296 ſtellt zwar den richtigen Satz auf, indem er die bekannte Lex und *Mevius* nebſt *Kohl* anführt: „*Status controversiae in secunda instantia non est perverlendus.* Non admittuntur nova, quae ad *novum capitulum* pertinent,“ etc., allein er verfällt doch in den nämlichen Fehler, wie die Vorigen, wenn er fortfährt: „quando vero vel in re vel in causa vel in actione diversitas aliqua apparet, tunc id actionem

Digitized by Google

non respicit, v. gr. *vindicavi agrum nullo adducto titulo*, in instantia appellationis possum de titulo agere, quia est connexum.“ Es ist, wie oben schon erwähnt, eine Klage nicht statthaft, welche eine Vindication ohne Anführung irgend eines Titels bewirken will.

Stryck in usu mod. §. 15 de appell. spricht sich in gleichem Sinne aus.

Lauterbach in colleg. th. pract. ad lib. 49 tit. 7 Nr. 6 läßt *novos articulos*, novas exceptiones peremtorias & probationes zu, wenn sie nicht dolo aut calliditate vorher unterlassen worden sind.

Schaumburg in Princip. prax jurid. jud. de app. hält es nach dem gemeinen Recht für erlaubt, *nova admiscere*, novas exceptiones proponere, novas probationes offerre — was die Sachsen nicht leiden. Er erklärt übrigens das Beneficium für einen Uebelstand mit der Bemerkung: „hoc enim admisso non opus erat certa exceptionibus opponendis probationibusque offerendis praestituere fatalia sub comminatione praeclusi.“

Dr. Just. Claproth in d. Einl. in den ord. bürg. Prozeß 2. Th. §. 369 versteht unter den Worten des Gesetzes: „novum capitulum“ eine neue Klage. Unter dem Scheine neuer Umstände darf keine neue Klage angestellt werden, weil dadurch das Recht der ersten Instanz geschmälert würde. Die neuen Einreden müssen sich auf die Klage beziehen und damit zusammenhängen.

Ausführlicher erklärt sich Gönner im Handb. 1 Bd. S. 430 u. f. und 3. Bd. S. 277 u. f. Das wesentliche besteht darin: „Neues Vorbringen ist bedingt durch seinen Zweck, nämlich das Recht, welches in den Verhandlungen der vorigen Instanz den Gegenstand des Streits ausmachte. Niemals darf daher durch das neue Vorbringen die Identität des Streits gestört werden.

Die Kunstsprache hat die Veränderung wesentlicher Merkmale, womit die Identität des Rechtsstreits nicht bestehen kann, mit dem Namen „Klag-Aenderung“ bezeichnet. Wesentliche Merkmale sind 1) die streitenden Theile, 2) die Prozeßart; jede hat ihre Eigenheiten, 3) die Klage als Rechtsmittel (actio), sie hat wesentlichen Einfluß auf die Vertheidigung, 4) der Gegenstand des Streits, 5) der rechtliche Grund (causa petendi). Bei den vier ersten Merkmalen kann wohl kein Zweifel seyn, daß sie zu den wesentlichen des Streits gehören. Nicht so klar und unzweifelhaft ist es mit dem letzt angeführten Merkmale — dem rechtlichem Grunde (causa petendi). Den Begriff davon hat Gönner im 2ten Bande §. 3 dahin entwickelt, daß Recht und Rechtsverfolgung die im Klaggrunde liegenden zwei Gegenstände ausmachen, daß Recht nur in der Uebereinstimmung mit dem Gesetze bestehen könne und diese Uebereinstimmung ein aus drei Sätzen zusammengesetzter Satz sei, sie fordern nämlich 1) Wahrheit des abstracten Rechtssatzes (thesis juris), unter welchem man ein Factum subsummiren wolle; 2) Richtigkeit des Gesichtspunkts, aus welchem ein Factum betrachtet wird (status controversiae) und 3) Richtigkeit der Subsumtion (adplicatio juris ad factum). Auf diese drei Punkte soll die Ausführung des Rechts (deductio) gerichtet seyn. Dann sagt er im folgenden §. 4: „Mit diesem rechtlichen Klaggrunde haben bisher nicht ohne Nachtheil die Praktiker die sogenannte causam petendi verwechselt. Sie ist kein Rechtsgrund, sondern gehört noch zum Geschichtstheile einer Klagschrift. Sie besteht in der Anzeige der Art von Rechtstitel, aus welchem der Kläger etwas fordert, ob er aus einem dinglichen oder persönlichen Rechte, aus einem Kaufe oder einer Schenkung, als Eigenthümer oder als Erbe, ob als Testaments- oder Intestaterbe u. s. w. klagt? Wer sieht nicht, daß die Anzeige dieser causa petendi zum historischen Theil der Klage gehöre und die Uebereinstimmung des Factums mit dem Gesetze hier gar nicht in Betrachtung kommt?“

Nach dieser von Gönner dargestellten Begriffsentwicklung und Unterscheidung des rechtlichen vom historischen Klaggrunde möchte ich dafür halten, daß ad 5 nicht der rechtliche Grund, sondern der historische Grund als ein wesentliches Merkmal des Streits hätte angeführt werden sollen, denn er besteht in dem Vortrage jener Thatsache, worauf die Klage gebaut wird, daher das Fundament der Klage bildet, oder nach der Definition von Klaggrund, welche Brackenhöft giebt, die concrete juristische Thatsache, welche das Klagrecht erzeugt und sonach dessen Daseyn bedingt. Der Rechtsgrund bildet sich erst durch den Act der Reflexion, durch einen Vernunftschluß, indem das Factum unter ein Gesetz oder ein Rechtsprinzip subsummirt wird.

Martin in seinem Lehrbuch des Pr. §. 292 läßt bei der Appellation „neue Ausführungen“ und Beweise zu, wenn solche noch nicht präcludirt sind und eine Veränderung des Klaggrundes nicht enthalten. Richtiger nennt er es im §. 149 eine Veränderung „der Klagschrift“ (mutatio libelli) und versteht darunter eine Abweichung vom vorigen Libell, entweder in Ansehung der Hauptpersonen des Rechtsstreites oder des Gegenstandes, auch wohl der Hauptpunkte der Geschichtserzählung, im Rechtsgrunde des Anspruchs oder der Prozeßart.

Linde in §. 167 f. Lehrbuchs des Prozesses nennt Klagänderung das Nachbringen neuer Merkmale an die Stelle wirklich schon beigebrachter und die Klage wesentlich bedingender, wohin immer der historische Klaggrund und das Gesuch gehören. Nach seiner Meinung wider-

Digitized by Google

spricht das in der Allgemeinheit gestattete Beneficium der Eventualmaxime und der Präclusivkraft der Fristen, daher es in mehreren Landesgesetzen beschränkt, auch wohl gänzlich aufgehoben worden. Nach Gensler Comment. §. 281 und nach dem von ihm citirten Grolman und Danz soll die fragl. L. 4. Cod. nur so viel sagen: Zur Unterstützung des im ersten Verfahren bereits aufgestellten Grundes der Klage, Einrede ꝛc. dürfen neue adminiculirende (was sind das für entia?) Thatsachen in der Appellationsinstanz vorgebracht und erwiesen werden, nicht aber dürfen die Parthien mit neuen Angriffsbehauptungen hervortreten.

Am kürzesten, und, wie ich dafürhalte, auch am richtigsten ist die Erklärung von Claproth, welcher auch als ein vieljähriger praktischer Jurist und nachheriger Lehrer des Prozesses und Practicums die meiste Erfahrung und Geschäftskenntniß hatte.

Das Gesetz räumt beiden Theilen, dem Appellanten, wie dem Appellaten, die Befugniß ein, neue Thatsachen vorzubringen, (novis *adsertionibus* utendi) insbesondere auch neue Einreden, nur müssen sie zu keinem neuen Hauptstück (Kapital, capitulum) gehören, sondern aus demjenigen entspringen und mit ihm in Verbindung stehen, was vor dem Unterrichter schon verhandelt worden ist. Der Gegensatz eines neuen Kapitels ist das alte Kapitel und darunter kann nichts Anderes verstanden werden, als der vor dem Unterrichter schon verhandelte Streitgegenstand und das Rechtsmittel (actio), womit solcher geltend gemacht worden ist. Hält man sich an diese Begriffe und die bekannten Lehren des Prozeßrechts über Klagen und Einreden, so kann man bei der Anwendung des Beneficiums in der Appellation durchaus in keinen Verstoß gerathen. Ist der Kläger Appellant, so ist zu unterscheiden: ob seine Klage in Rechten nicht für gegründet oder factisch nicht für erwiesen oder durch Einreden des Beklagten als entkräftet erkannt worden ist. Im ersten Falle wird des Appellanten Aufgabe wohl nur in einer Rechtsausführung (nondum deducta deducendi) bestehen, um wo möglich den Oberrichter zu überzeugen, daß der Unterrichter die Sache von einem unrichtigen Gesichtspunkte angesehen oder eine unrichtige Gesetzesanwendung oder Auslegung gemacht oder gar ohne alle Reflexion erkannt und ihn durch die Abweisung mit seiner Klage beschwert habe. Von dem Gebrauche neuer Thatsachen kann hier keine Rede seyn, sondern etwa nur von einer Erläuterung derselben, wenn die Entscheidungsgründe des Unterrichters zu seinem Erkenntniß zeigen, daß er Thatsachen, worauf es ankommt, mißverstanden und daher irrige Folgerungen daraus gezogen habe. Ein solcher Irthum kann jedoch nicht leicht eintreten, wenn die Klagschrift gehörig beschaffen ist, denn — wie oben erwähnt — muß die Klagschrift eine deutliche und vollständige Geschichtserzählung enthalten, und so lange diesem Mangel nicht abgeholfen ist, darf keine Ladung darauf erkannt werden, weil auf eine solch fehlerhafte Klagschrift keine bestimmte Vernehmlassung (litis contestation) gegeben und der status controversiae nicht festgestellt werden kann.

Im andern Falle, wenn nämlich die Klage für nicht erwiesen erkannt worden ist, bedarf Appellant neuer Beweismittel, wenn er nicht auszuführen vermag, daß der bereits geführte Beweis zureichend zur Klagbegründung sei und nur der Unterrichter ihn zu gering geschätzt habe. Ohne Zweifel darf Appellant neuen Beweis antreten, in soweit er damit nicht schon vom Unterrichter durch ein rechtskräftiges Versäumungserkenntniß damit ausgeschlossen ist. Im dritten Falle kann das Bestreben des Appellanten nur dahin gerichtet seyn, die Einreden des Beklagten, welche ihm den Sieg Rechtens vor dem Unterrichter entwunden haben, damit zu beseitigen, das er entweder deren rechtliche Unerheblichkeit ins Licht stellt oder, wenn sie wirklich zerstörend sind, solchen neue Thatsachen als Repliken entgegen stellt, wodurch die Einreden entkräftet werden. Denn nach dem bekannten Axion: „reus excipiendo fit actor“ ist die Einrede des Beklagten nicht blos als eine Vertheidigung, sondern als ein Angriff (gleich einer Klage) anzusehen, welcher der Kläger eben so thatsächliche Zerstörungsgründe (Einreden als s. g. Repliken) wie der Beklagte der Klage, entgegen setzen darf. Hat nun der Kläger seine Repliken in der vorigen Instanz noch nicht erschöpft, oder ist er gar nicht einmal zum Behauptungssatz zugelassen worden, so wird Niemand ihm das Recht in Frage stellen dürfen, mit dem Appellationslibell neue Repliken vorzubringen, um seine Klage gegen die Einreden wieder aufzurichten und ihr den Sieg zu verschaffen.

Hat der Beklagte appellirt und vermag er seine Beschwerde gegen das unterrichterliche Urtheil nicht durch eine Deduction zu rechtfertigen, wornach die Klage entweder in Rechten nicht gegründet oder factisch nicht bewiesen erscheint, so muß er sein Heil in Gegenbeweismitteln oder Einreden, wenn er deren noch im Vorrathe hat, oder neue ausfindet, suchen. Beides ist ihm durch das Benefiz erlaubt, nur müssen es zerstörliche (peremtorische) Einreden seyn und zwar solche, mit denen er noch nicht vom Unterrichter ausgeschlossen ist. Was die Beweismittel betrifft, so wird in Ansehung des Zeugenbeweises nach der richtigern Meinung und Praxis eine Beschränkung nothwendig seyn, wie sie in Clem. de test. in den Worten ausgesprochen ist:

Testibus rite receptis et eorum attestationibus

Digitized by Google

publicatis sicut non licet super eisdem vel directo contrariis articulis aldos vel eosdem testes in principali causa producere: sic non debet in appellationis causa licere: cum non minus in appellationibus quam in principali causa subornatio sit timeada.“

Die neue bad. Prozeßordnung spricht im §. 1221 das Benefiz in seinem vollen Umfange also aus: „Beiden Parteien steht das Recht zu, in der Appellationsinstanz neue Beweismittel und neue Thatsachen jeglicher Art beizubringen.“ Hierauf folgen aber im nämlichen §. unter 6 Absätzen die Ausnahmen von dem Rechte, von welchen nach dem Zwecke meiner Abhandlung nur die Eine sub num. 5 hier zu erwähnen ist, welche das neue thatsächliche Vorbringen, welches eine „abgeänderte neue Klage enthalten würde“ verbreitet. Würde der Satz nur von einer neuen Klage reden, so wäre derselbe klar und keiner Mißdeutung fähig, wenigstens für jeden Advokaten und Richter, welcher seiner Pflicht gemäß das Wesen und die Erfordernisse einer Klage prüft, welche er anzustellen, beziehungsweise zu bescheiden hat. Allein! das voranstehende Beiwort „abgeänderte“ macht das Wasser trüb und giebt Anlaß zu den häufigen Mißgriffen, wovon ich jüngst in den Annalen ein Beispiel erzählt habe und noch weitere liefern werde. Nach logischer Denkweise vertragen sich — so ist es meine Ansicht — die beiden Worte „abgeänderte neue,“ nicht neben, noch weniger mit einander, sondern schließen einander aus. Das Neue ist Gegensatz vom Alten. Wird dieses abgeändert, so wird es darum nicht neu, sondern bleibt alt mit Modificationen, die man nach Beschaffenheit modern nennen kann. Eine Klage aber (actio), das Rechtsmittel ist keiner Aenderung fähig, daher Klagänderung nicht gut gesagt, sondern nur die Klagschrift (libellus) kann einer Aenderung, Verbesserung unterworfen werden.

Die weitere Ausführung und Darstellung der Zweckwirrigkeit dieses s. g. Benefizes in besonderer Beziehung auf unsere neue Prozeßordnung werde ich in einer besondern Abhandlung nachbringen. Donsbach.

II.

Noch etwas über die Bestrafung der Rechnersuntreue unter Bezug auf den Aufsatz in Nr. 52 III 1838 der Annalen in Vergleich mit Nr. 16, 29, 49, 1837 der Annalen.

Der Einsender des Aufsatzes in Nr. 52 des vorigen Jahrgangs der Annalen sucht die Richtigkeit seiner auf die Unablösbarkeit der vierwöchentlichen Gefängnißstrafe gerichteten Ansicht dadurch zu vertheidigen, daß der behauptet: es sei da, wo der §. 90 des St. G. von vier höhern Graden spreche, ein Redaktions- oder Druckfehler vorhanden, und es müsse zwei höhere Grade heißen.

Nicht zu bezweifeln ist es nun, daß man damit allem Streit über die Auslegung des §. 90 ein Ende machen kann. Wenn es aber bei Auslegung eines Strafgesetzes zuläßig ist, einer Meinung dadurch die Oberhand zu verschaffen, daß man das ihr im Gesetz Entgegenstehende als einen Druckfehler behandelt, so wird man billiger Weise auch der andern Meinung das Recht gönnen müssen, sich ebenfalls dieses Schlichtungsmittels des Streits zu bedienen. Diese Meinung wird alsdann das ihr im Gesetz Entgegenstehende gleichfalls als einen Druckfehler ansehen, so daß man eben mit diesem Druckfehler eben so weit ist, wie vorher, indem alsdann der Streit darüber ergeht, wo der Druckfehler liegt. Bei Druckfehlern hat aber zumal in Strafgesetzen der Angeklagte auch ein Recht, und man wird am Ende seiner Behauptung Gehör schenken müssen, daß wenn auch nicht der ganze §. 90 ein Druckfehler sei, doch das einen Druckfehler enthalte, welches auf eine härtere Strafe führe, denn — in dubio in mitis.

Ueberhaupt scheint mir dieser ganze Versuch mit einem Druckfehler ein Redaktionsfehler zu seyn, und man wird immerhin, wie auch vom Oberhofgericht geschehen ist, durch eine nicht auf einen Redaktions- oder Druckfehler begründete Interpretation des §. 90 seine Vorschrift aufsuchen müssen.

Vergleicht man nun die jetzige Entscheidung des Oberhofgerichts mit der früheren in Nr. 19, 1837 der Annalen mitgetheilten, so wird man behaupten dürfen, daß der Streit über die Auslegung des §. 90 sich dadurch vereinfacht hat, daß, man nicht mehr von der Gefängnißstrafe der Rechnersuntreue als der Grundstrafe ausgeht, sondern daß sich alles um die Frage dreht, was man als den in §. 90 erwähnten untern Grad des Verbrechens zu betrachten habe. Man nimmt aber aus dem Grunde den Kasseneingriff von 50 fl. als den untern Grund an, weil aus dem Ausdruck „dessen Strafe bestimmt ist“ folge, daß die Strafbestimmung im Gesetz im §. 90 enthalten seyn müsse, und weil sich eine solche Strafbestimmung erst für den Grad der Rechnersuntreue von 50 fl. finde, dieser also den untern Grad bilde.

Dieser Argumentation kann man vor Allem entgegenhalten, daß man damit fortwährend auf die Unerklärlichkeit des Gesetzes stößt, daß man alsdann keine vier höhere Grade zählen kann, von denen das Gesetz einmal spricht, und daß man daher auf einen Druckfehler greifen muß, wenn man vier höhere Grade nicht annehmen will.

Es läßt sich aber diese neue Argumentation aus sich selbst bestreiten, und sie erscheint verwerflich, sowie man das

Digitized by Google

Strafedikt jetzt auffaßt, wie es als Gesetz aufzufassen ist. Wenn man nämlich auf den Ausdruck „dessen Strafe bestimmt ist" Gewicht legen, und daraus argumentiren will, daß also die Strafbestimmung im Gesetz selbst im §. 90 enthalten seyn müsse, so muß man dieses gerade nach der Wortfassung dieses Zwischensatzes bestreiten, denn da der Zwischensatz im ganzen so lautet, nicht aber bei dem untern, dessen Strafe schon gelind bestimmt ist, so folgt aus dem Wort schon gerade umgekehrt, daß die Strafe des untern Grads der Rechnersuntreue anderwärts bereits festgesetzt ist, weil man sonst im §. 90 nicht sagen kann, es seie die Strafe schon bestimmt, wenn man sie im §. 90 erst bestimmen will. Diese Auslegung des Zwischensatzes folgt aber auch noch aus einem obern Satz des §. 90. Man kann nämlich daeüber nicht im Zweifel seyn, daß in der Unterstellung von vier höhern Graden der Rechnersuntreue es keinen andern untern Grad geben kann, als den des Kasseneingriffs unter 50 fl. Dieses untern Grads geschieht nun auch im §. 90 damit Erwähnung, daß von einem Kasseneingriff gesprochen wird, der die Summe von 50 fl. beträgt, oder wo der Verrechner vorhin schon einmal korrigirt worden ist, und da nun der Kasseneingriff von 50 fl. für sich allein und als erster unter den §. 90 fällt, so stellt der schon korrigirte Kasseneingriff den unter 50 fl. gebliebenen in der Art vor, daß der zweite unter 50 fl. bleibende Kasseneingriff gleichfalls unter den §. 90 fällt und darin seine Strafe erhält. Der erste unter 50 fl. bleibende Kasseneingriff wird aber vom Gesetz ein schon korrigirter genannt, ein korrigieter Kasseneingriff ist, aber ein bestrafter, und so wie also der §. 90 eines bestraften Kasseneingriffs unter 50 fl. gedenkt, dessen Steafe er selbst nicht bestimmt, so muß er nothwendigerweise voeaussetzen, daß seine Strafstimmung anderwärts enthalten ist, oder daß er schon in seiner Strafe bestimmt ist, wie der fragliche Zwischensatz am Ende des §. 90 lautet. Dieser vorhin schon korrigirte Kasseneingriff ist daher der untere Grad der Rechneesuntreue, dessen Strafe im Gegensatz der vier höhern Grade schon gelind bestimmt ist, und da nun kein anderer unterer Grad denkbar ist, als der erste unter 50 fl. bleibende Kasseneingriff, so liegt es klar vor Augen, daß er den untern Grad bildet, und daß also bei den vier höhern Geaden, welche in ihrer gemeinsamen Dienstentsetzung nicht gelind bestraft sind, die Endbestimmung des §. 90 eintritt, wornach bei dem Ersatz des Recesses keine Leibesstrafe eintritt.

Man wird nun fragen, wo denn die Strafbestimmung für den Kasseneingriff unter 50 fl. enthalten seie, und darauf kann man antworten, daß der alphabetische Auszug des badendurlachischen Rechts unter dem Wort Verrechner §. 4 einer Strafe der Kassation für Jenen gedenkt, der unter 50 fl. Receß macht. Allein man hat nicht nöthig, jetzt sich auf diesen alphabetischen Auszug zu berufen, denn diese Strafe ist gegenwärtig bestimmt.

Mag man nämlich von den Erläuterungen zu dem Strafedikte eine Meinung haben, welche man will, so wird man so viel zugeben, daß die Erläuterung, welche einen wirklichen Zweifel über die Anwendung und den Inhalt des Strafediks hebt, alsdann ohne Umstand anzuerkennen ist, wenn sie sogar in ihrer eigenen Bestimmung nichts zur eigentlichen peinlichen Gesetzgebung gehöriges enthält, oder eine ertheilte peinliche Rechtsbestimmung nicht abändert. Betrachtet man nun den §. 90 des Strafediks für sich allein, so wird man anerkennen müssen, daß er in seiner Entgegensetzung von vier höhern Graden der Rechnersuntreue gegen einen untern in der Beziehung dunkel ist, weil er selbst nur vier Grade zählt, und weil man also den untern Gead nicht kennt, obschon durch die Erwähnung eines schon korrigirten Kasseneingriffs, und eines untern Geads, dessen Strafe schon bestimmt ist, es unzweifelhaft ist, daß er einen solchen untern Grad annimmt. Um nun diesen Zweifel zu heben, bestimmt der §. 83 der Erl., daß über einen ersten unter 50 fl. gebliebenen Kasseneingriff eines Rechners nichts erwähnt weede, weil er nur dienstpolizeilich zu bestrafen seie. Diese Bestimmung einer dienstpolizeilichen Sache und eines dienstpolizeilichen Vergehens ist nun kein Gegenstand der peinlichen Gesetzgebung, ändert an den Vorschriften des Strafedikts nichts und kein Mensch wird es dahee bestreiten können, daß die Vorschrift des §. 83 der Erl. für die Abwandlung des unter 50 fl. gebliebenen ersten Kasseneingriffs die jetzt gültige Vorschrift bildet, und daß daher dieser erste unter 50 fl. bleibende Kasseneingriff eines Verrechners den unteesten und deßhalb nur dienstpolizeilichen Gead des Vergehens der Rechnersuntreue darstellt. Ist aber dieses der Fall, so kann man jetzt im Jahr 1839 nicht mehr fragen, wo denn die Strafbestimmung des im §. 90 erwähnten untern Grades ist, denn sie ist seit dem Jahr 1812 in dem §. 83 der Erl. deutlich und bestimmt gegeben, und da nunmehr alle Erläuterungen des Strafedikts, sowie sie für sich betrachtet eine Geltung besitzen, sich mit dem Strafedikt selbst vereinigen, und jetzt nur das erläuterte Strafedikt zur Anwendung kommt, so kann es mit Geund gar nicht mehr bezweifelt werden, was jetzt unter dem untern und was jetzt unter den vier höhern Geaden der Rechnersuntreue zu verstehen ist, und gerade weil der §. 90 vier höhere Grade gemeinschaftlich einem untern Gead entgegensetzt, so müssen diese vier höhere Grade gegen den einen untern ein gemeinschaftliches Unterscheidungszeichen haben, welches zur unzweifelhaften Verdeutlichung des §. 90

Digitized by Google

in nichts anderm beſteht, als daß der eine untere Grad des Kaſſeneingriffs unter 50 fl. als erſtmals vorgekommen, nur ein dienſtpolizeiliches Vergehen iſt, und daß die vier höhern Grade des Kaſſeneingriffs, wie ſie der Art. 90 enthält, das peinliche Verbrechen des Kaſſeneingriffs, die Rechnersuntreue darſtellen. In dieſer gemeinſchaftlichen Zuſammenfaſſung der vier Grade des peinlichen Verbrechens der Rechnersuntreue liegt aber alsdann auch der Beweis, daß die damit verbundene Vorſchrift des Wegfalls der Gefängnißſtrafe je nach geleiſtetem Erſatz für dieſe vier Grade eine gemeinſchaftliche Vorſchrift iſt, und daß man dem Geſetz Gewalt anthut, wenn man unter dieſen vier zuſammengefaßten Graden einen Unterſchied macht, und den Wegfall der Gefängnißſtrafe nur für jene Fälle annimmt, wo die Strafe über 4 Wochen ſteigen kann, wovon das Geſetz keine Andeutung giebt.

Allerdings wäre es eine Ungereimtheit, wenn man annehmen wollte, daß bei dem mehr als 100 fl. betragenden Kaſſeneingriff, ſo wie er ganz erſetzt ſeie, die ſämmtliche Gefängnißſtrafe wegfallen müſſe, während bei dem 50 fl. betragenden Kaſſeneingriff, ſelbſt wenn er gleichfalls erſetzt ſeie, immer noch 4 Wochen Gefängniß zu erkennen ſeie. Allein dieſe Ungereimtheit macht ſich wenigſtens die in Nr. 16 und 49 der Annalen 1837 vertheidigte Meinung nicht ſchuldig, denn indem ſie den Kaſſeneingriff etwa 50 fl. und den zweiten Kaſſeneingriff unter 50 fl. gleichfalls zu den vier höhern Graden des Vergehens zählt und gerade dadurch allein die vier höheren Grade erhält, wendet ſie auch auf dieſe zwei Grade die Vorſchrift des §. 90 an, und erkennt bei ihrem vollſtändigen Erſatz ebenſowenig vier Wochen Gefängniß, als ſie es bei den zwei andern über 100 fl. und über 150 fl. ſteigenden Graden thut.

Darin erfreut ſich aber dieſe Meinung einer größern Konſequenz und einer richtigern Auffaſſung des Geſetzes, als die andere Meinung, welche annimmt, daß bei einem in die tauſende laufenden Kaſſeneingriff durch ſeinen Erſatz die jahrelange Gefängnißſtrafe auf 4 Wochen herabgeſetzt werden könne, daß aber der vollſtändige Erſatz des 50 fl. betragenden Kaſſeneingriffs nicht im Stande ſeie, die vierwöchentliche Gefängnißſtrafe auch nur um einen Tag zu verringern. Und da dieſe Meinung mit dem §. 90 vier höhere Grade der Rechnersuntreue, und einen untern Grad zählt, der unter 50 fl. geblieben iſt, ſo erfreut ſie ſich auch eines vollſtändigen Anſchluſſes an den Wortlaut des §. 90 und hat nicht nöthig, deßhalb zu einem Redaktions- oder Druckfehler zu greifen, oder den Ausdruck des Geſetzes hinſichtlich der vier höhern Grade und eines untern Grades gänzlich unerklärt zu laſſen, und gar nicht zu berückſichtigen.

Sander.

III.

Ueber die Kompetenz der Gerichte zur Beſtrafung von Betrügereien.

Nicht ſelten werden die Rekurſe von den wegen gemeiner Betrügereien von den Aemtern Beſtraften an die Kreisregierungen ergriffen und ausgeführt, während ſie doch vor die Gerichte gehören.

Nachſtehendes Generale des Miniſteriums des Innern hat dieſes ſchon im Jahr 1837 ausgeſprochen, und bei den noch immer hierin beſtehenden Zweifeln wird ſeine Bekanntmachung mit dem Anfügen nicht überflüßig ſeyn, daß es meines Wiſſens von allen Gerichtshofen im Lande die verdiente Beachtung gefunden hat.

Miniſterium des Innern.

Karlsruhe den 26. Juli 1837.

Nr. 6024. In Folge Erlaſſes des großh. Juſtizminiſteriums v. 16. d. M. Nr. 2412 J. U. S. gegen Joſeph Seifried von Waldkirch wegen Betrugs — insbeſondere die Frage über die Klaſſificirung des Betrugs und Zuſtändigkeit der Gerichte für deſſen Beſtrafung betreffend wird ſämmtlichen Kreisregierungen eröffnet.

Ueber die Frage, ob die gemeinen Betrügereien, in ſo fern die im einzelnen Falle zu erkennende Strafe eine dreimonatliche Freiheitsſtrafe nicht überſteigt, im polizeilichen Wege, oder gerichtlich zu unterſuchen und zu beſtrafen ſind, herrſcht ſowohl bei den Aemtern, als bei den Obergerichten und bei den Kreisregierungen eine Meinungsverſchiedenheit, welche zunächſt dadurch veranlaßt iſt, daß dieſe Betrügereien im §. III. Abſch. 5 der Verordnung vom 22. Juni 1826 (Rgs.-Bl. Nr. 17) über die Errichtung des Arbeitshauſes zu Pforzheim unter den mit polizeilicher Strafe zu belegenden Vergehen aufgeführet werden und die weitere Verordnung vom 7. September 1826 (Rgs.-Bl. Nr. 22) für die im §. III der erſterwähnten Verordnung aufgezählten Fälle den Kreisregierungen eine Strafbefugniß bis zu drei Monaten Arbeitshaus eingeräumt hat.

Allein offenbar war der Zweck der Verordnung vom 22. Juni 1826, wie ſich ſchon aus der Art ihres Entſtehens ergiebt, nicht der einer Abänderung an der beſtehenden Strafgeſetzgebung, insbeſondere der Competenz der Gerichte und wenn im §. III 5 die gemeinen Betrügereien, deren das Strafedikt gar nicht erwähnt, genannt werden, und wenn dort nur von polizeilichem Strafmaß die Rede iſt, ſo iſt dadurch an den Strafbefugniſſen der Obergerichte noch gar nichts geändert, noch konnte dadurch hieran etwas geändert werden. — Daraus, und weil ſelbſt nach §. IV der erwähnten Verordnung in der Regel die Verurtheilung in das Arbeitshaus den Obergerichten zuſteht und den Kreisregierungen blos ausnahmsweiſe, „in

Digitized by Google

denjenigen Fällen, in welchen sie kraft besonderer gesetzlichen Bestimmungen zur Erkennung von mehr als dreimonatlichen Freiheitsstrafen überhaupt ermächtigt, auch die angedrohten Strafen hinsichtlich ihrer Dauer absolut bestimmt, in so fern also keinem nähern Ermessen unterworfen sind," — ergiebt sich nach klarer Ansicht des §. 4 des Strafedikts, verglichen mit §. 9 des Anhangs hiezu, daß die Betrügereien für bürgerliche und daher gerichtlich abzurtheilende Vergehen, die mit keiner absolut bestimmten Strafe bedroht, sondern nach Analogie anderer Strafbestimmungen ihr Strafmaß erhalten, erklärt sind, daß somit die Untersuchung und die Aburtheilung derselben den Gerichten zusteht.

Die Kreisregierungen haben die ihnen untergebenen Aemter und Polizeibehörden hievon zu verständigen.

Hievon haben wir großh. Justizministerium unter Rückgabe der Beilagen des gefälligen Erlasses vom 16. v. M. Nr. 2412 zu benachrichtigen die Ehre.

Ludwig Winter.

Sold.

IV.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Findet gegen die Gewährung eines Einhaltsgesuchs eben so wie gegen dessen Verwerfung das Rechtsmittel der Appellation Statt?

Kimpel gegen Tuma.

Nachdem gegen den Beklagten wegen Zahlung einer judicat mäßigen Forderung*) der Gerichtszugriff bereits erkannt war, reichte derselbe eine Wiederklage gegen den Kläger ein und bat darin unter andern, die verfügte Execution in so lange zu sistiren, bis von dem Wiederbeklagten eine angemessene Sicherheit geleistet seyn werde.

Das Untergericht verfügte auch wirklich den Zugriff, wogegen vom Kläger appellirt ward. Da der §. 965 der Prozeßordnung enunciativ blos von der Appellation gegen die Verwerfung eines Einhaltsgesuchs spricht, so entstand vor allem die Frage: ob dieses Rechtsmittel auch gegen die Ertheilung eines Einhalts zuläßig sei?

Der Gerichtshof entschied diese Frage bejahend.

Entscheidungsgründe:

J. E., daß zwar in der Prozeßordnung eine Berufung gegen einen bloßen Einhaltsbefehl nicht ausdrücklich gestattet ist und nach §. 1172 die Appellation überhaupt in der Regel nur gegen Urtheile Platz greifen soll, wodurch einer Partei etwas zuerkannt oder abgesprochen wird, was aber durch einen bloßen Einhaltsbefehl keineswegs geschieht;

J. E. jedoch, daß nach §. 959 der Prozeßordnung der Richter einen Einhalt nur dann, wenn eine specielle gesetzliche Bestimmung dies zuläßt, verfügen darf, sohin gesetzwidrig handelt, wenn er diese Befugniß willkührlich auf andere Fälle ausdehnt;

J. E., daß deßwegen der betheiligten Partei, wenn sie sich auf solche Art durch den Einhaltsbefehl beschwert erachtet, auch gestattet seyn muß, dagegen Abhülfe bei dem Oberrichter zu suchen.

J. E., daß ein solches Rechtsmittel auch schon nach dem durch die Prozeßordnung anerkannten Grundsatz von der Gleichheit der Rechte der streitenden Theile rechtlich begründet erscheint, nach §. 965 der Prozeßordnung aber ganz unzweifelhaft dem Beklagten die Berufung gegen die Verwerfung eines Einhaltsgesuchs zusteht, wo dann zufolge §. 963 dem Oberrichter die Befugniß eingeräumt ist, einen Einhalt zu gebieten, wenn der Unterrichter solchen mit Unrecht verweigert hat, so daß also auf der andern Seite auch dem Kläger gestattet seyn muß, einen mit Unrecht erkannten Einhalt im Wege der Berufung anzufechten;

J. E., daß ferner auch so, wie der Beklagte ein wohlbegründetes Interesse haben mag, daß der von ihm nachgesuchte Einhalt erkannt werde, eben so auch der Kläger im einzelnen Fall in Gefahr kommen kann, durch einen verfügten Einhalt die wirksame Verfolgung rechtskräftig entschiedener Ansprüche vereitelt oder doch sehr erschwert zu sehen, oder sonst benachtheiligt zu werden ꝛc.

Anmerkung. Schon in dem Artikel: „Ueber die Rechtsmittel" (Annalen, vierter Jahrgang Nr. 44 S. 265) wurde die Frage: ob nicht auch der implorirende Gläubiger appelliren dürfe, wenn dem Einhaltsgesuch mit Unrecht deferirt worden ist? von dem Einsender aufgeworfen und die Bemerkung beigefügt, daß die Verneinung dieser Frage eine Ungleichheit der Rechte beider Theile involviren würde. Diese Ansicht liegt nun auch obiger Entscheidung zu Grunde.

Bayer.

Anmerkung der Redaktion.

Hieße es im §. 965 der Prozeßordnung „Gegen die Verwerfung eines Einhaltsgesuchs findet die Appellation Statt," so müßte man allerdings e contrario, oder nach dem Rechtsgrundsatze: positio unius negatio alterius annehmen, daß gegen die Willfahrung eines Einhaltsgesuchs die Appellation nicht Statt finde. Aber so lautet der §. 965 nicht, er will gar nicht über die Zuläßigkeit der Appellation entscheiden, sondern nur über die einstweilige Einstellung des Verfahrens, wenn das Einhaltsgesuch verworfen und hiegegen die Appellation ergriffen ist. Und dabei setzt der §. nur als etwas Ausgemachtes voraus, daß die Appellation Statt finde. Daß dabei nur vom Falle der Verwerfung und nicht auch von jenem der Willfahrung des Einhaltsgesuchs die Rede ist, kommt daher, weil es im letztern Falle keiner Bestimmung über den Suspensiveffekt der dagegen ergriffenen Appellation bedarf, wie dies da der Fall ist, wo das Einhaltsgesuch verworfen wurde.

Daraus geht aber auch hervor, daß der §. 965 in Bezug auf die Zuläßigkeit der Appellation zwischen dem Fall einer Verwerfung und jenem einer Willfahrung des Einhaltsgesuchs keinen Unterschied machen will. Im Uebrigen treten in beiden Fällen die Voraussetzungen des §. 1172 in gleicher Weise ein. Der Streitgegenstand ist das vom Kläger angesprochene Recht auf alsbaldige Vollstreckung. Wird ihm nun dieses Recht, als der dermalige Streitgegenstand, durch einen Einhaltsbefehl abgesprochen, so muß er, wenn die Summe vorhanden ist, zur Appellation eben so berechtigt seyn, als im umgekehrten Falle der Beklagte, wenn durch Verwerfung des Einhaltsgesuchs dem Kläger das Recht auf alsbaldige Vollstreckung zuerkannt wird.

D. R.

*) S. Annalen, dritter Jahrgang Nr. 43.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 12. | Karlsruhe den 23. März 1839.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über die Frage, ob bei einem unbedingten Befehl die Aechtheit der von dem Beklagten zum Beweis seiner Einreden vorgelegten Urkunden durch Schriftvergleich erwiesen werden kann?

Auf einrn unbedingten Befehl zur Zahlung von 1750 fl. schützte der Beklagte die Einrede der Zahlung vor, und trat den Beweis derselben mittelst Vorlage von Quittungen an, von denen er behauptete, daß der Kläger sie ausgestellt habe. Kläger läugnete die Aechtheit dieser Quittungen, worauf sich Beklagter zum Beweis der Aechtheit der vorgelegten Urkunden auf eine Schriftvergleichung berief, von der aber Kläger behauptete, daß sie in dem Verfahren über einen unbedingten Brfehl unzuläßig sei. Hirrauf gieng der Gerichtshof ein, die beantragte Schriftvergleichung ward als hier unstatthaft verworfen, und die vorgeschützte Einrede der Zahlung ward zum besondern Austrag verwiesen.

Ich für meinen Antheil war damit nicht einverstanden, und erlaube mir meine entgegenstrhende Ansicht um so mehr auszuführen, als die Frage selbst einrn nicht geringen praktischen Werth besitzt, da sie überall bei unbedingten Befehlen hinsichtlich des vom Beklagten angetretenen Beweises seiner Einreden mittelst Privaturkunden vorkommen kann, weil er dazu keiner öffentlicher Urkunden, wie der Kläger zur Erlangung seines unbedingten Brfehls bedarf.

Was man für die Unzuläßigkeit der Schriftvergleichung bei den unbedingten Befehlen anführen kann, beschränkt sich wohl immerhin darauf, daß man brhauptet, die Schriftvergleichung sein ihrem ganzen Wesen nach ein so langsames Beweisverfahren, daß man nicht annehmen dürfr, daß das Gesetz solches bei dem Verfahren über einen unbedingten Brfehl zulassen wolle, wo gerade alles auf die schnellste Erlrdigung und alsbaldige Liquidität eingerichtet und bedingt ist. Die Schriftvergleichung mit ihrer Aufstellung von Sachverständigen und ihrem gewöhnlichen Ausgang der Erkennung eines Rotheides nach §. 451 der Prozeßordnung könne aber in keiner Weise als schnrllrs Beweismittrl betrachtet werden und sei daher aus dem Verfahren des unbedingten Befehls auszuweisen, indem mit ihrer Zulassung dieses Verfahren offenbar in das ordentliche Verfahren übergehen würde.

Man kann alles dieses zugeben. Man kann daraus den Schluß ziehen, daß es lediglich nichts auffallendes, ja daß es etwas ganz folgerichtiges gewesen wäre, wenn die Prozeßordnung bei dem Verfahren des unbedingten Befehls die Schriftvergleichung als hierin unstatthaft verworfen hätte; man kann aber immer noch fragen, und man wird darnach fragen müssen, wo denn die Prozeßordnung bei dem unbedingten Brfehl die Schriftvergleichung ausgeschlossen habe, indem die Schriftverglrichung als das gesetzliche Beweismittel der Aechtheit einer Privaturkunde ein gesetzliches Recht der Parthie ist, welches nur durch eine besondere Bestimmung des Gesetzes ausgeschlossen werden kann.

Betrachtet man nun das Verfahren des unbedingten Befehls, so ist vor Allem zu bemerken, daß der Kläger seine erbrtenen unbedingtrn Befehl mittelst öffentlichen Urkunden unterstützen muß, und daß also bei ihm und abgesehen von der Frage, ob der Kläger Repliken vorbringen, und womit er sie beweisen darf, eine Schriftvergleichung nicht vorkommen kann. Die Schriftvergleichung kann also nur bei den Einreden des Beklagten im Fall des §. 706 der Prozeßordnung vorkommen, weil dorten bei der unbeschränkten Zulassung des Urkundenbrweises angenommen werden muß, daß der Beklagte den Beweis seiner Einreden auch mittrlst Privaturkundrn führen kann. Es ist aber eine bekannte Sachr, daß das Verfahrrn des unbedingten Befehls eine und zwar eine der stärksten Ausnahmrn des ordentlichen Verfahrens ist. Es ist eine ausgrmachte Sache, daß bei dem unbedingten Befehl die Vrrtheidigung des Beklagten am meisten beschränkt ist, und davon ausgegangen wird man schon nach den gewissesten Auslrgungsregeln annehmen müssen, daß die Vertheidigung des Brklagten nicht noch über den Ausdruck und Wortlaut des Gesetzes hinaus

Digitized by Google

beſchränkt werden darf. Nun hat aber das Geſetz die Schriftvergleichung hinſichtlich des Beklagten nicht ausgeſchloſſen. Das Geſetz hat die Urkunden und zwar die Privaturkunden ohne alle Einſchränkung als das geſetzliche Beweismittel der Einreden des Beklagten zugelaſſen. Es bezweckt alſo den Beweis dieſer Einreden durch Privaturkunden. Wer den Zweck will, muß auch die geſetzlichen Mittel wollen. Die Schriftvergleichung iſt aber das geſetzliche Mittel, den Urkundenbeweis herzuſtellen, und ſo muß man annehmen, daß der Geſetzgeber bei Unterlaſſung der Ausſchließung der Schriftvergleichung ſie ſelbſt zulaſſen wollte. Daß das Verfahren dadurch in den Gang des ordentlichen Verfahrens übergienge, iſt eine Behauptung, welche deßhalb noch zu beweiſen iſt, weil unſere Prozeßordnung nirgends beſtimmt, daß die Schriftvergleichung ein langſames Beweismittel iſt, und weil man vielmehr ſagen kann, daß gerade die Schriftvergleichung bei dem Urkundenbeweis dadurch zu einem ſchnellen Beweismittel erhoben wird, daß der §. 449 der Prozeßordnung voeſchreibt, daß die Schreibverſtändigen ihr Gutachten alsbald zu Protokoll geben, oder mindeſtens binnen 3 Tagen ſchriftlich einreichen müſſen, was nach §. 547 der Prozeßordnung bei dem ſonſtigen Beweis durch Sachverſtändige nicht vorgeſchrieben iſt. Ebenſo wird auch der Richter bei der Schriftvergleichung ſich nicht nach den §§. 549, 550 der Prozeßordnung richten, und keine abermalige Begutachtung ſelbſt erheben oder zulaſſen dürfen, ſondern er wird nach den §§. 450, 451 verfahren müſſen, was eine abermalige ſchnellere Beweisführung mit ſich führt, als die ſonſtige Beweisführung durch Sachverſtändige. Und ſelbſt wenn man annehmen wollte, daß durch Zulaſſung der Schriftvergleichung die Sache in das ordentliche Verfahren übergienge, ſo würde dieſes an und für ſich den richtigen Auslegungsregeln des Geſetzes nicht widerſprechen, denn da das Verfahren des unbedingten Befehls eine jedenfalls beſchränkt auszulegende Ausnahme des ordentlichen Verfahrens bildet, ſo darf die Auslegung nicht noch mehr Beſchränkungen in das Geſetz hineinlegen, als das Geſetz ſelbſt enthält, und wenn ſie alſo in Verwerfung ſolcher nicht im Geſetz liegender größerer Beſchränkungen auf das Verfahren des ordentlichen Prozeſſes kommt, ſo kommt ſie von der Ausnahme wieder auf die Regel zurück, und das ſoll gerade die richtige Auslegung einer Ausnahme thun.

Es würde auch die Unſtatthaftigkeit der Schriftvergleichung bei unbedingten Befehlen der Chikane Thür und Angel öffnen. Wenn man nämlich bedenkt, daß der unbedingte Befehl nur zur Erfüllung perſönlicher Verbindlichkeiten des Beklagten ertheilt wird, und daß ſolche perſönliche Verbindlichkeiten meiſtens in der Zahlung ſchuldiger Geldſummen beſtehen, ſo wird man auch anzunehmen berechtigt ſeyn, daß in den wenigſten Fällen der Beklagte über ſeine Zahlung eine öffentliche Urkunde beſitzt, weil man ſich in der Regel nur Privatquittungen über geſchehene Zahlungen ausſtellen läßt. Kann nun die geſchehene Zahlung nur mittelſt der Privatquittung bewieſen werden, ſo wird der Beklagte dem Kläger, den er bezahlt hat, und der ihn doch wieder einklagt, nicht den Eid zuſchieben wollen, und ſo muß er im Wege des unbedingten Verfahrens, obſchon mit der beſten Quittung ausgeſtattet, noch einmal zahlen, wenn nur der Kläger die ausgeſtellte Urkunde nicht anerkennt. Wenn das Beweismittel der Schriftvergleichung nicht zuläßig iſt, ſo kann der Beklagte die Richtigkeit ſeiner Beweisurkunde auch nicht durch Zeugen darthun. Die Zuſchiebung des Diſeſſionseides iſt, wenn zuläſſig, immerhin bedenklich, ſo daß die Meinung der Unzuläßigkeit der Schriftvergleichung bei dem unbedingten Verfahren die geſetzliche Vorſchrift der Zuläßigkeit des Urkundenbeweiſes der Einreden des Beklagten beinahe auf nichts beſchränkt, und den mit der beſten Quittung verſehenen Beklagten in dem Verfahren zur nochmaligen Zahlung zwingt, wo ohnedieß ſeine Vertheidigungsmittel ſchon beſchränkt genug ſind. Daß dem Beklagten bei Verwerfung ſeiner Einreden von dem Kläger wegen des einſtigen Rückerſatzes Sicherheit zu leiſten iſt, darauf wird der nicht viel geben, der da weiß, daß dergleichen Sicherheiten in der Regel ſichere Anfänge neuer Prozeſſe über die Beibringlichkeit von dergleichen Sicherheiten ſind.

Wenn ſonach behauptet werden kann, daß nach allgemeinen Interpretationsregeln mehr für die Zuläßigkeit der Schriftvergleichung ſpricht, als für ihre Unſtatthaftigkeit, und wenn die unausbleibliche Folge der Unſtatthaftigkeit der Schriftvergleichung zugleich der Sache nach eine Unſtatthaftigkeit des Urkundenbeweiſes des Beklagten iſt, ſo wird man zur Zuläßigkeit der Schriftvergleichung bei dem unbedingten Befehl auch noch auf die Beſtimmung des §. 733 der Prozeßordnung aufmerkſam machen dürfen. Dorten wird nämlich bei dem Executivprozeß ausdrücklich der Fall der abgeläugneten Privaturkunde beſprochen, und dorten wird hinſichtlich der Beweisführung des Klägers vorgeſchrieben, daß er den Beweis der Aechtheit ſeiner Klagurkunden nur wieder mittelſt Urkunden oder dem Diſeſſionseid führen kann. Bei der nahen Verwandtſchaft des Verfahrens über einen unbedingten Befehl mit dem Executivprozeß iſt nun aber nicht anzunehmen, daß der Geſetzgeber bei dem erſten Verfahren nicht an den Fall gedacht haben ſollte, daß der Beklagte ſeine Einrede mittelſt einer Privaturkunde beweiſen will, und daß der Kläger ſolche als ächt abläugnet, und da er nun am betreffenden Ort im §. 706 darüber keine Beſtimmung getroffen hat, wie er es doch im Executivprozeß that, ſo folgt daraus, daß er es bei den ſonſtigen Vorſchriften des Geſetzes — alſo bei der Zuläßigkeit der Schriftvergleichung belaſſen wollte. Gerade daß der Fall des §. 733 nur von dem Ur-

Digitized by Google

kundenbeweis des Klägers spricht, beweist abermals die Zulässigkeit der Schriftvergleichung im unbedingten Befehl, denn da bei der Beschränkung der Vorschrift des §. 733 auf die Beweisführung des Klägers anzunehmen ist, — qui dicet de uno, negat de altero — daß also der Beklagte im Executivprozeß den Beweis der Aechtheit seiner Einredeurkunden mittelst Schriftvergleichung führen darf, so muß man bei der Verwandtschaft beider Prozeßarten annehmen, daß es auch der Beklagte bei dem unbedingten Befehl thun darf. Der §. 733 geht alsdann von dem ganz richtigen Grundsatz aus, daß hinsichtlich des Klägers eine Beschränkung der Beweismittel seiner Beweisurkunden eintreten muß, denn diese Beschränkung ist zugleich die Beschränkung des ausnahmsweisen Executivprozesses selbst, indem im Fall der Kläger die Beweismittel des §. 733 nicht besitzt, oder nicht gebraucht, die Sache in das ordentliche Verfahren übergeht. Wollte man aber auch hinsichtlich des Beklagten diese Beschränkung eintreten lassen, so wäre dieses eine Beschränkung seiner Vertheidigung, für welche keine Interpretationsregel spricht, und gegen welche das anzuführen ist, daß die Einleitung des ordentlichen Prozesses bei der Wahl der Schriftvergleichung im §. 734 nur hinsichtlich des Klägers, nicht aber im §. 729 hinsichtlich des Beklagten vorgeschrieben ist.

Zum Beweis der Unstatthaftigkeit der Schriftvergleichung in dem Verfahren des unbedingten Befehls könnte man endlich noch das anführen, daß man sagt, der §. 706 der Prozßordnung lasse nur die Einreden zu, welche mit Urkunden zu erweisen seien. Nun werde aber die mittelst einer Privaturkunde zu Beweis angetretene Einrede, im Fall solche Urkunde durch Schriftvergleichung als ächt erwiesen werden müsse, nicht durch Urkunden, sondern durch Sachverständige erwiesen, und wenn noch gar nach §. 451 auf einen Notheid erkannt werden müsse, so werde die Einrede der Sache nach durch einen Notheid erwiesen, was denn abermals unzulässig seie, und was abermals die Unzulässigkeit der Schriftvergleichung beweise, weil nach §. 706 im Verfahren des unbedingten Befehls keine Notheide, sondern nur Haupteide zulässig seien. Allein alles dieses ist ungegründet, denn die Schriftvergleichung und der Notheid des §. 451 beschäftigt sich keineswegs mit dem Beweis der der Klage entgegnetn zerstörlichen Einrede, sondern nur mit dem Beweis der Aechtheit der zum Beweis der Einrede vorgebrachten Urkunde, und wenn durch die Schriftvergleichung und den Notheid die Urkunde als ächt erwiesen ist, so ist alsdann die Einrede selbst durch die Urkunde erwiesen, und mehr verlangt der §. 706 nicht, als daß die Einrede durch Urkunden zu erweisen sei.

Von einer Gleichheit der Rechte der Parthien, und davon, daß der Beklagte bei dem unbedingten Befehl keine Schriftvergleichung vorbringen dürfe, weil der Kläger sie bei seinen öffentlichen Urkunden nicht gebrauchen könne, läßt sich aber hier deßhalb nicht reden, weil gerade die Rechte der Parthien darin ungleich sind, daß der Beklagte nach §. 706 Privaturkunden zum Beweis seiner Einreden benutzen darf, womit der Kläger seine Klage nicht unterstützen kann.

Es wird daher nach allem diesem anzunehmen seyn, daß die Schriftvergleichung hinsichtlich der vom Beklagten zum Beweis seiner Einreden vorgebrachten Privaturkunden im Verfahren des unbedingten Befehls zulässig ist, weil die Prozeßordnung solche nirgends ausgeschlossen hat, und weil dieser Ausschluß als eine noch größere und äußerst empfindliche Beschränkung der Vertheidigung des Beklagten bei dem beschränkt auszulegenden Verfahren des unbedingten Befehls nicht in das Gesetz hineininterpretirt werden darf.

Nirgends ist auch aus den Vorschriften der Prozeßordnung über die Schriftvergleichung ersichtlich, daß solche bei irgend einem Verfahren abgekürzter Art nicht eintreten solle, und da sonach das Verfahren des unbedingten Befehls die Schriftvergleichung nicht ausschließt, die Prozeßordnung aber die Schriftvergleichung in den §§. 443, 452 nirgends an den ordentlichen Prozeß bindet, wie z. B. die Zulassung des Eidesvorbehalts im §. 575 der Prozßordnung, so wird man unter allen Umständen nicht berechtigt seyn, die Schriftvergleichung aus dem Verfahren des unbedingten Befehls auszuweisen.

Sander.

II.

Nachtrag zu dem Aufsatz II in Nr. 1 der Annalen des Jahrgangs 1837.

In dem genannten Aufsatz wurde nachzuweisen versucht, daß der §. 1223 der Prozßordnung nur von solchen Endurtheilen zu verstehen sei, welche nach gepflogener Verhandlung in der Hauptsache, also wenigstens nach erfolgter Streiteinlassung, über den Gehalt der Sache selbst, und nicht bloß über *formelle* Punkte, ergehen. Die Redaktion dieser Zeitschrift hält obige Auslegung für willkührlich beschränkend und glaubt, daß nach dem bestimmten Wortlaut des Gesetzes nur zwischen Urtheilen in der Hauptsache und solchen über Zwischenpunkte zu unterscheiden sei. Als Beispiele solcher Zwischenpunkte wird das Erkenntniß über die Ladungszulassung auf die Klage und über die nachgesuchte Wiederherstellung gegen das Versäumungserkenntniß angeführt*) dagegen behauptet, daß die

*) Dies ist nicht richtig. In der angeführten Redaktionsnote ist keineswegs gesagt, daß *nur allein* zwischen Urtheilen in der *Hauptsache*, und solchen über *Zwischenpunkte* zu entscheiden sei, und daß Erkenntnisse über Ladungszulassung, Erkenntnisse über *Zwischenpunkte* seien. Es ist vielmehr gesagt, daß überall, wo ein Endurthril vorliege, die Sache ohne Remission vom Obergericht zu

Digitized by Google

Zulaſſung zerſtörlicher prozeßhindernder Einreden immer ein Urtheil in der Hauptſache mit ſich führe, mithin nicht als die Entſcheidung über einen Zwiſchenpunkt zu betrachten ſei. Dieſe Theorie hat zwar den Vorzug der Einfachheit, allein ſie verſtößt vorerſt gegen den prozeßualiſchen Sprachgebrauch, indem man die Verfügung auf die Klage, wodurch dieſelbe zugelaſſen, oder verworfen wird, nicht wohl als Entſcheidung eines Zwiſchenpunktes bezeichnen kann, ſo wenig, als das Wiederherſtellungsgeſuch gegen ein Verſäumungserkenntniß, welches immer zugleich ein Urtheil in der Hauptſache ſeyn muß. Dieſes hat die Redaktion auch früher ſelbſt angenommen, und deßhalb im Widerſpruch mit ihrer nunmehrigen Anſicht die Zuläßigkeit der Remiſſorien bei Appellationen gegen Verwerfung der Wiederherſtellungsgeſuche beſtritten (vgl. Annalen II. Jahrgang S. 66). Wollte man aber auch den Sprachgebrauch der Redaktion gelten laſſen, ſo iſt doch das Verſäumungserkenntniß ſelbſt gewiß kein Erkenntniß über einen bloßen Zwiſchenpunkt, ſondern über die Sache ſelbſt (Prozeßordnung §. 671), und doch wird die Redaktion zugeben, daß, wenn gegen ein Verſäumungserkenntniß als ſolche, d. h. wenn kein Verſäumniß vorliegt, appellirt und zu Gunſten der Appellanten erkannt wird, die Verhandlung der Hauptſache an den erſten Richter zu remittiren iſt. Wenigſtens läßt ſich für unſere Frage kein Grund der Verſchiedenheit zwiſchen den zwei Fällen einſehen, wo die Wiederherſtellung gegen ein Verſäumungserkenntniß ertheilt, oder das Letztere als von Anfang an unbegründet aufgehoben wird. Das Gleiche gilt von mehreren anderen in dem früheren Aufſatz genannten Fällen, wo Remiſſorien unſtreitig Statt finden müſſen, ohne daß von der Entſcheidung eines bloßen Zwiſchenpunktes die Rede iſt, z. B. von der Entbindung des Beklagten von der Inſtanz, was man doch nicht einen Zwiſchenpunkt nennen kann*), von dem Fall, wo der Kläger auf gepflogene Verhandlung zur Zeit oder angebrachtermaßen abgewieſen wird, was offenbar eine Entſcheidung **) in der Hauptſache iſt. Ja es kann ſogar bei Appellationen gegen Verwerfung eines Wiederherſtellungsgeſuches vorkommen, daß, wenn die Wiederherſtellung vom Oberrichter erkannt wird, alſo nach der jetzigen Anſicht der Redaktion ein bloßer Zwiſchenpunkt vorliegt, die Sache nicht zu remittiren iſt, nämlich in dem Fall des §. 662 der Prozeßordnung, wenn der Unterrichter ſtatt die Wiederherſtellung zu erkennen, und ſein Erkenntniß in der Hauptſache zu beſtätigen, die nachgeſuchte Wiederherſtellung wegen Unerheblichkeit der eingebrachten Handlung, alſo aus materiellen Gründen verwirft ***), der Oberrichter aber ſolche gleichfalls aus materiellen Gründen zuläßt, in welchem Falle eine remissoria ganz gewiß dem Sinn des §. 1223 und 1238 der Prozeßordnung widerſtreben würde (vgl. Annalen IV. Jahrgang S. 264). Die Theorie der Redaktion dürfte daher zur richtigen Anwendung des §. 1223 nicht ausreichen, dagegen laſſen ſich alle aufgeführten Fälle durch die Eingangs aufgeſtellte Begriffsbeſtimmung leicht erledigen. Bei Ladungsverſagungen muß remittirt werden, weil in der Hauptſache noch gar nicht verhandelt ****) iſt, die Ausnahme des §. 358

---

erledigen ſei, jedoch auch nur ſo weit ein Endurtheil vorliege, daß alſo

1) ſo weit der Unterrichter nur über einen Zwiſchenpunkt erkannte, der Oberrichter auch nur über dieſen Zwiſchenpunkt endlich zu erkennen habe;

2) daß, wenn der Unterrichter die Ladung verſagte, der Oberrichter definitiv nur über die Ladungszulaſſung auszuſprechen habe (den Fall des §. 358 ausgenommen);

3) daß, wenn der Unterrichter die nachgeſuchte Wiederherſtellung verwarf, der Oberrichter über dieſe Wiederherſtellung zu erkennen habe;

4) daß aber, wenn der Unterrichter (ob voreilig oder rechtzeitig, mit Verletzung der Vorſchriften des Verfahrens oder ohne ſolche Verletzung) in der Hauptſache erkannte, auch das obergerichtliche Erkenntniß ohne Remiſſion die Hauptſache endlich entſcheiden müſſe. D. R.

*) Ob die Entbindung von der Inſtanz als ein Zwiſchenpunkt angeſehen werde, oder nicht, iſt gleichgültig. Es iſt ja, wie ſchon oben bemerkt, in der Redaktionsnote in Nr. 1 von 1837 nicht geſagt, daß nur bei Erkenntniſſen über Zwiſchenpunkte eine Remiſſion Statt habe. So weit ſich das Erkenntniß des Unterrichters erſtreckt, eben ſo weit muß ſich auch jenes des Oberrichters erſtrecken, und nichts von dem, was der Unterrichter, wenn auch mit Verletzung der Vorſchriften des Verfahrens, ausgeſprochen hat, darf ihm zum nochmaligen neuen Erkenntniſſe zurückgewieſen werden. Bei einer vom Unterrichter ausgegangenen Entbindung von der Inſtanz wird auch der Oberrichter nur über dieſe Entbindung zu entſcheiden haben. D. R.

**) Von einer Entſcheidung „angebrachtermaßen" nach gepflogenen Verhandlungen weiß die Prozeßordnung nichts, indem ſie eine ſolche Verwerfungsart nur bei dem Erkenntniß über die Ladung vorſchreibt §. 359. — In ſo weit aber ein Erkenntniß über eine verzögerliche Einrede in dieſe Formel gebracht wird, kann natürlich auch das Erkenntniß des Oberrichters ſich nur auf dieſe verzögerliche Einrede beziehen. D. R.

***) Im Falle des §. 662, wenn nämlich die Wiederherſtellung formell begründet, die nachgebrachte Handlung aber unerheblich iſt, darf die Wiederherſtellung keineswegs verworfen, ſondern ſie muß zugelaſſen, das Erkenntniß in der Hauptſache aber beſtätigt werden. Wäre dies nur aus Verſehen nicht ſo ausgedrückt, aber aus den Entſcheidungsgründen erſichtlich, daß die Wiederherſtellung formell als begründet erkannt und nur wegen der Materialien das frühere Erkenntniß beſtätigt ſei, und könnte man die Entſcheidung darnach wirklich ſo interprätiren, ſo müßte der Oberrichter allerdings in der Hauptſache ſelbſt erkennen, wie wenn nach §. 662 mit ausdrücklicher Zulaſſung der Wiederherſtellung nur das Erkenntniß in der Hauptſache beſtätigt wird. D. R.

****) Nicht, weil in der Hauptſache noch nicht verhandelt, ſondern weil darin nicht erkannt iſt. Die Ladungsverſagung nach §§. 357, 359 und 360 enthält nämlich kein Erkenntniß in der

Digitized by Google

beruht auf singulärem Grunde. Bei Versäumungserkenntnissen und Verwerfung von Wiederherstellungsgesuchen muß remittirt werden, weil und in sofern die Entscheidung und die Appellationsbeschwerde auf formellen Gründen beruht*). Bei Endurtheilen endlich, welche die Klage angebrachtermaßen, oder zur Zeit, oder auch wegen Mangel der richterlichen Zuständigkeit verwarfen, wird remittirt, weil noch nicht über den Gehalt der Sache selbst erkannt worden ist.

Das Erkenntniß über prozeßhindernde Einreden ist und bleibt aber die Entscheidung eines Zwischenpunktes, nämlich über die Frage, ob eine Erörterung der Hauptsache Statt finden soll, worüber nach ausdrücklicher Vorschrift der Prozeßordnung (§. 300, 306) Zwischenverhandlungen gepflogen werden sollen. Der Gegenstand einer Verhandlung kann aber offenbar nicht durch die Art und Weise der Entscheidung bestimmt resp. verändert werden; bilden daher die prozeßhindernden Einreden einen Zwischenpunkt, so ist die Entscheidung über solche ein Erkenntniß über einen Zwischenpunkt, dasselbe mag die Einreden zulassen, oder verwerfen**). Einsender dieses hat übrigens in dem früheren Aufsatz ausdrücklich zugegeben, daß, wenn prozeßhindernde zerstörliche Einreden für begründet erklärt werden, ein Erkenntniß in der Hauptsache wegfällt, weil der Beklagte von der Klage entbunden werden muß, allein daraus folgt nicht, daß das Erkenntniß über die prozeßhindernden Einreden in dem gedachten Fall das Erkenntniß in der Hauptsache selbst ist, und die praktische Folge des Unterschieds zeigt sich, wenn der Oberrichter die Einrede entweder unbedingt, oder als prozeßhindernd verwirft, denn alsdann entsteht die Frage, bei welchem Richter die Hauptsache zu verhandeln ist? Nach der Ansicht der Redaktion soll der Oberrichter die Hauptsache verhandeln, weil der Unterrichter über Letztere schon erkannt habe nach der Ansicht des Unterzeichneten aber wird remittirt, weil in der Hauptsache noch gar nicht verhandelt wurde, also auch nicht erkannt werden konnte.*)

Schließlich ist der Einsender auch noch fortwährend der Ansicht, daß gegen die Verwerfung prozeßhindernder Einreden als solcher durchaus kein Rechtsmittel Statt findet, die Verwerfung mag in erster oder zweiter Instanz erfolgt seyn (Prozeßordnung §. 303), weil der Rechtsstand des Beklagten sich durch ein willfähriges Erkenntniß der ersten Instanz nicht verbessern kann, dessen Wirksamkeit lediglich durch die Entscheidung der zweiten Instanz bedingt ist, wenn nicht ein Gesetz die Zulässigkeit der dritten Instanz etwa von der widersprechenden Entscheidung der beiden früheren abhängig macht.

Dies ist aber nach der gegenwärtigen Prozeßordnung nicht der Fall und die bloße Benachtheiligung einer Partei kann an und für sich kein Rechtsmittel begründen. Auch wenn das Obergericht eine unterrichterliche Ladungsversagung aufhebt, und die gerichtlichen Verhandlungen anordnet, wird der Beklagte benachtheiligt, und eine amtliche Entscheidung aufgehoben, welche den Kläger sofort abgewiesen hatte, allein Beklagter kann dagegen so wenig ein Rechtsmittel ergreifen, als wenn die Ladung sogleich vom Unterrichter erkannt worden wäre. Ist eine Oberappellation in dem einem Fall unzuläßig, so ist sie es gewiß auch in dem andern. Haaß.

Hauptsache, sondern nur über die Kompetenz, über formelle Mängel des Klagvortrags, oder über die Rechtzeitigkeit der Klage. Im Falle des §. 358, wo ein Erkenntniß über die Hauptsache vorliegt, findet aber nach §. 1238 keine Remission Statt. Also nicht auf die vorgängige Verhandlung kommt es an, sondern nur darauf, auf was sich das Erkenntniß beziehe. D. R.

*) Auf die Gründe der Entscheidung nimmt der §. 1223 und 1224 lediglich keine Rücksicht. Die Thatsache, daß der Unterrichter über einen Streitpunkt entschied, begründet schon die Verbindlichkeit des Oberrichters, sein Erkenntniß auf den nämlichen Streitpunkt ebenfalls auszudehnen. Da nun aber bei der Verwerfung eines Wiederherstellungsgesuchs nur eben über dieses Wiederherstellungsgesuch erkannt ist, so kann auch das Erkenntniß des Oberrichters nur die Wiederherstellung und nicht die Hauptsache selbst zum Gegenstand haben. Ist dagegen nach §. 1178 die Appellation gegen das die Hauptsache entscheidende Versäumungserkenntniß selbst zuläßig, so muß der Oberrichter seine Entscheidung ebenfalls auf die Hauptsache ausdehnen, selbst wenn er in der vom Unterrichter ausgegangenen Präklusion des Appellanten eine Verletzung des Verfahrens fände. Sonst würde nur so auf allgemeine Raisonements hin der §. 1224 geradezu auf die Seite gesetzt. D. R.

**) Erkenntnisse, welche über prozeßhindernde Einreden als solche besonders erlassen werden, sind allerdings Erkenntnisse über Zwischenpunkte, allein in dem angeführten Falle war nicht blos über den als prozeßhindernd vorgeschützten Mangel der Aktiv- und Passivlegitimation, sondern zugleich auch in der Hauptsache dahin erkannt, daß der „Kläger, unter Verfällung in die Kosten mit seiner Entschädigungsklage ab- und zur Ruhe verwiesen sei." D. R.

*) Da der Unterrichter in der Hauptsache ja wirklich erkannte, so ist unter dem obigen — „also auch nicht erkannt werden konnte", — nur so viel als: „nicht erkannt werden sollte" gemeint; aber eben darauf, ob er mit Recht oder mit Unrecht schon in der Hauptsache erkannte, kommt es nach §. 1223 und 1224 nicht an.

Indessen wird er da, wo er eine zerstörliche prozeßhindernde Einrede für begründet erklärt, wohl immer zugleich in der Hauptsache erkennen, wenigstens wäre es sonderbar, wenn der Unterrichter eine solche Einrede durch besonderes Erkenntniß als begründet erklären, und nicht gleichzeitig auf den Grund dieser Einrede die Klage selbst verwerfen wollte.

Hat aber der Unterrichter z. B. die Klage auf Zahlung eines Darlehens deßwegen verworfen, weil der Beklagte die bereits geschehene Zahlung nach §. 300 als prozeßhindernd vorgeschützt und auf der Stelle durch eine Quittung bewiesen hat, so kann doch wahrlich der Oberrichter, der die Zahlung nicht als bewiesen ansieht, die Verhandlung eben so leicht fortsetzen und in der Sache selbst wieder endlich erkennen, wie er dies thun muß, wenn er eine vom Unterrichter nach §. 358 als unbegründet verworfene Klage an und für sich für begründet hält, oder wenn der Unterrichter sogleich auf die Einwendungsschrift hin, weil er die vorgebrachten Einreden für unbegründet hält, den Beklagten verurtheilt, der Oberrichter aber die Einreden für begründet ansieht, also weitere Verhandlungen nöthig werden. D. R.

Digitized by Google

III.

Noch ein Wort über die Abweisung der Klage „angebrachtermaßen."

In Nr. 38 der Annalen von 1838 wurde die Ansicht zu bekämpfen versucht, wornach die Klage nach einmal erkannter Ladung nicht mehr, und am wenigsten in der höheren Instanz „angebrachtermaßen" abgewiesen werden könne. Die verehrliche Redaktion hat gegen die Argumente des Einsenders Verschiedenes erinnert, was mir zu einer weiteren kurzen Besprechung dieses Gegenstandes Veranlassung giebt.

Es muß zugegeben werden, daß die Prozeßordnung in §. 359 die Verwerfung der Klage „angebrachtermaßen" nur als eine Form der Ladungsversagung, und nicht als Erkenntniß über Einreden vorschreibt. Allein auch die Formen der §§. 357, 358 und 360 beziehen sich ausdrücklich nur auf die Ladungsversagung, und doch hat noch Niemand gezweifelt, daß das Erkenntniß über die begründete Einrede der richterlichen Inkompetenz in der Form des §. 357 zu fassen sei, oder das Erkenntniß über die begründete Einrede der Voraus-Klage (L. R. S. 2021) in der Form des § 360*). Ist aber dieses der Fall, so dürfte wohl auch die Form des §. 359 oder die Verwerfung der Klage „angebrachtermaßen" als Folge begründeter prozeßhindernder, oder auch einfacher verzögerlicher Einreden des Beklagten zulässig, und in gewissen Fällen nothwendig seyn. Die Prozeßordnung hat für diese Fälle gar keine Form des Erkenntnisses vorgeschrieben, sie spricht nur von der Befreiung, von der Einlassung, oder davon, daß den Einreden vom Kläger abzuhelfen sei (§§. 297, 375), allein damit ist dem Beklagten gewiß nicht gedient, er kann wohl ohne Zweifel auf den Grund seiner prozeßhindernden Einrede Aufhebung der erkannten Ladung und ihrer lästigen Wirkungen (§. 257 und folgende) verlangen, und das gleiche Recht möchte wohl dem Beklagten zustehen, dessen Gegner einer einfachen verzögerlichen Einrede trotz der richterlichen Verfügung nicht abhilft. Wenn nun gleichwohl die Prozeßordnung die Form**) des hier zu erlassenden Erkenntnisses nicht ausdrücklich vorschreibt, so wird man annehmen dürfen, daß sie dieses der Wissenschaft überläßt, und hier leidet es wenigstens nach Martin §. 164, Bayer Civilprozeß 4. Auflage, S. 292 ꝛc. keinen Zweifel, daß die hier in Frage stehenden Erkenntnisse als Abweisung des Klägers „angebrachtermaßen," oder als Entbindung des Beklagten von der Instanz zu erlassen sind, womit denn, wie billig, alle Wirkungen der früher erkannten Ladung cessiren. Ein solches Erkenntniß kann nach Umständen wohl auch noch in der höhern Instanz zulässig und nothwendig seyn, wie z. B. bei der Einrede der subjectiven Klagenhäufung (§. 250), wenn solche der Unterrichter nicht beachtet hat***). Allerdings ist

*) Auf die Form des Ausdrucks kommt es, wenn darin nur kein anderer Sinn liegt, wohl nicht an. Im Uebrigen dürfte es, wenn die Inkompetenz, oder Unzeitigkeitserklärung erst auf eine diesfallsige Einrede erfolgt, der Analogie des §. 301 mehr entsprechen, wenn statt der Ladungsversagungsformen der §§ 357 und 360 durch das Erkenntniß die erhobene Einrede ausdrücklich für begründet erklärt und ausgesprochen würde, was in Folge dessen Rechtens sei. D. R.

**) Die Form eines solchen Erkenntnisses schreibt die Prozeßordnung allerdings nicht besonders vor, wohl aber im § 375 den Inhalt desselben, und darnach muß dasselbe jedenfalls eine Auflage an den Kläger enthalten, der verzögerlichen Einrede abzuhelfen. Erst wenn der Kläger dieser Auflage nicht nachkommt, kann es sich alsdann fragen, ob der Beklagte die Entbindung von der Instanz oder was er sonst verlangen könne. D. R.

***) Auch hier wird nach §. 375 jedenfalls eine Auflage zur Verbesserung des Mangelhaften, welches den Gegenstand der verzögerlichen Einreden ausmacht, vorausgehen müssen.

Hält der Richter 1. Instanz die Einrede der subjektiven Klagenhäufung für begründet, so wird der Kläger sogleich angewiesen, die Klage zu separiren, d. h. gegen jeden einzelnen Beklagten eine besondere Klagschrift zu übergeben.

Hält aber der Richter die Einrede für unbegründet und verwirft sie, so fragt sich, ob man die Einrede für eine solche hält, welche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommen ist, d. h., ob die gemeinschaftliche Verhandlung subjektiv gehäufter Klagen das ganze Verfahren nichtig machen würde?

Bejaht man diese Frage, so findet eine Appellation gegen die Verwerfung der Einrede nach §. 302 sogleich Statt, und dieser Streit wird, ehe in der Sache selbst weiter verhandelt wird, rechtskräftig erledigt.

Wenn man aber, wie es bei dem Mangel der gesetzlichen Androhung einer Nichtigkeit der über subjektiv gehäufte Klagen stattgehabter Verhandlung wohl anzunehmen ist, die aufgestellte Frage verneint, so kann die Beschwerde erst nach verhandelter Hauptsache mit dem Rechtsmittel gegen das Erkenntniß in der Hauptsache erhoben werden, und in diesem Falle kann der Oberrichter auch nach verhandelter Hauptsache noch in die Lage kommen, über die Zulässigkeit der Klagenhäufung zu erkennen.

Aber eben weil bei dieser Unterstellung auch die vom Oberrichter anerkannte Unzulässigkeit der Klagenhäufung das in der Sache selbst bereits stattgehabte Verfahren keineswegs nichtig macht, so kann auch nicht alles durch eine Verwerfung der Klage angebrachtermaßen wieder umgestoßen werden. Der Oberrichter mag, wenn er die Klagenhäufung als unstatthaft erkennt, für die obere Instanz die getrennte Verhandlung anordnen, er mag den Appellanten anweisen, die Beschwerden zu separiren und für jede Sache die Beschwerdeschrift abgesondert zu übergeben. Dabei geht alsdann, weil man die Beschwerdesummen aus verschiedenen Streitsachen nicht zusammen rechnen darf, die Appellation für diejenigen, deren Beschwerden getrennt die Appellationssumme nicht erreichen, verloren. Außerdem sind aber die Rechte der Parteien einander gegenüber bei der Trennung nicht betheiligt, es kann dadurch die eine Partei der Andern gegenüber weder verletzt, noch in eine vortheilhaftere Stellung gebracht werden. Die Vorschrift, daß eine subjektive Klagenhäufung nicht zugelassen werden soll, beruht nur auf der Rücksicht, daß dadurch die Verhandlung unklar und verworren wird, und daß die Trennung mehr Ordnung, Einfachheit und Klarheit in die Sache bringt. Ist aber einmal die Verhandlung über subjektiv gehäufte Klagen in 1.

Digitized by Google

es richtig, daß die Prozeßordnung in einem besonderen Falle (§. 299) als Folge einer verzögerlichen Einrede nur den Stillstand der Verhandlungen ausgesprochen hat, allein entweder muß man hier eine Ungerechtigkeit des Gesetzes gegen den Beklagten, oder annehmen, daß es diesem nebenbei frei stehe, ein lossprechendes Erkenntniß als Entbindung von der Instanz zu verlangen, indem er andernfalls wenigstens 3 Jahre lang die Wirkungen der Ladung auf sich behalten, und alsdann erst noch seine eigenen Kosten tragen müßte (Prozeßordnung §§. 802, 806). Entweder kann also neben dem §. 299 doch eine Entbindung von der Instanz erkannt werden, oder derselbe ist als eine Singularität zu betrachten, welche nicht zur Regel erhoben werden kann.

Wenn endlich der §. 342 bei der richterlichen Fragenstellung den Rechtsnachtheil vorschreibt, daß nach Umständen die säumige, oder die Antwort verweigernde Partei mit dem Angriffs- oder Vrrtheidigungsmittel ausgeschlossen werden soll, so dürfte diese Vorschrift, auf eine fehlerhafte Klage bezogen, doch nicht mehr bedeuten, als daß der Kläger, welcher die Verbesserung seiner Klage bezweckenden Fragen des Richters nicht beantwortet, mit seinem Angriffsmittel, also mit seiner Klage ausgeschlossen wird. Ein Ausschließen mit der Klage ist doch aber wohl nicht mehr als ein Abweisen „angebrachtermaßen", oder eine Entbindung des Beklageten von der Instanz. Andernfalls wäre der dem Kläger gedrohte Rechtsnachtheil der definitiven Verwerfung des Anspruchs selbst wegen formeller Mängel der Klage doch wohl zu hart, und überdieß nicht zu realisiren, weil man den Anspruch des Klägers selbst noch nicht kennt, und erst zu erfragen bezweckte. Wer z. B. klagt, daß er sein Haus verkauft habe, der Käufer aber den Kauf nicht erfüllen wolle, und den Richter bittet, ihm zu seinem Recht zu verhelfen, dem wird, wenn er mit dieser Klage definitiv abgewiesen, in einer neuen Klage den Kaufschilling und alle weiteren Bedingungen des Kaufs angibt, auch das Begehren auf Zahlung des Kaufpreises stellt, schwerlich die Einrede der Rechtskraft entgegen stehen, seine frühere Abweisung war daher in der That doch nur eine „angebrachtermaßen" und mußte es seyn*). Zudem ist aber auch der obige Fall ein weiteres Argument dafür, daß man durch Fragen nicht immer helfen kann und darf. Selbst der §. 338 der Prozeßordnung beschränkt das Fragrecht auf Fälle, wo erhebliche Thatsachen von den Parteien vorgetragen sind, welchen es aber noch an Bestimmtheit oder Vollständigkeit fehlt, allein wenn erhebliche Thatsachen gar nicht vorgetragen sind, also bei dem angeführten Beispiel der Kläger den Kaufpreis gar nicht erwähnt**), oder wenn der Kläger bittet, den Beklagten zur Herausgabe einer Sache anzuhalten, ohne die causa petendi, z. B. Eigenthum, Darlehe, ꝛc. im Geringsten anzuführen, so kann und darf der Richter nicht fragen, ohne den Wortlaut des §. 338 und selbst den Grundsatz des §. 3 der Prozeßordnung, nämlich die Verhandlungsmaxime, zu verletzen. Es kann also auch in solchen Fällen mit, oder ohne Einrede des Beklagten eine Abweisung der Klage „angebrachtermaßen" nach erkannter Ladung und selbst in höherer Instanz nothwendig seyn***). Freilich sollte der Richter solche Mängel der Klage vor

Instanz vor sich gegangen, so mag der Oberrichter durch Separation der Verhandlung in höherer Instanz das Mangelhafte verbessern lassen, und die, den verschiedenen Streitsachen gemeinschaftlichen Akten der 1. Instanz dienen ihm als Beilagen der getrennten Verhandlungen 2. Instanz eben so, wie etwa die Gantakten, wenn in einer Gantsache verschiedene Appellationen ausgeführt werden. Um aber das ganze Verfahren der 1. Instanz (durch eine Verwerfung der Klage angebrachtermaßen) aufzuheben, dazu gibt es keinen gesetzlichen Grund, und es wäre auch schlimm, wenn das Gesetz eine solche Umstoßung des ganzen Verfahrens verordnen, und dadurch wegen Wiederholung der Verhandlungen von vornen an für die Parteien einen großen unnützen Aufwand an Zeit und Kosten verursachen würde, um dem Richter das Lesen der Akten bequemer und die Verhandlung leichter zu machen. D. R.

*) Ein Abweisen „angebrachtermaßen" droht der §. 342 nicht, sondern ein unbedingtes Abweisen.

Auch bei einem definitiven Abweisen kann übrigens der Abgewiesene nach L. R. S. 1351 immer wieder von neuem auftreten, wenn er einen neuen Klaggrund bringt, wobei es keinen Unterschied macht, ob der frühere Klaggrund mehr oder weniger vollständig vorgetragen war, so fern nur klar ist, daß der neu vorgetragene Klaggrund ein Anderer ist, als derjenige, auf welchen die frühere Klage gebaut war, was jeweils eine quaestio facti ist.

Ein solch' anderer Klaggrund wäre nun übrigens sicher nicht vorhanden, wenn der Kläger nur den früher vorgetragenen Kauf (zwischen den nämlichen Parteien und über denselben Gegenstand) mit, vollständigerer Bestimmung seines Inhalts wieder von neuem vortrüge, und er hätte sich den Nachtheil selbst zuzuschreiben, wenn ihm die frühere Abweisung, die er nach §. 342 durch seinen eignen Ungehorsam herbeiführte, als rechtskräftig entgegengehalten würde. D. R.

**) Wenn auch der Kaufpreis nicht erwähnt ist, wohl aber andre Bestimmungen des Kaufs und dieser im Allgemeinen, so sind denn doch erhebliche Thatsachen angegeben, und es ist die Voraussetzung des §. 338 vorhanden, daß zur Vervollständigung der vorgetragenen erheblichen Thatsachen noch nach dem Kaufpreis gefragt werden darf. D. R

***) Die Abweisung „angebrachtermaßen" nach §. 339, welchem beim nämlichen Verfahren der §. 248 entspricht, erstreckt sich ebenfalls nicht weiter, als das Fragerecht des §. 338.

Auch der §. 339 spricht nur von dem Falle, da der thatsächliche Klaggrund zwar vorgetragen ist, aber nicht mit der gehörigen Deutlichkeit, Bestimmtheit oder Vollständigkeit, derselbe kömmt also in dieser Beziehung dem §. 338 ganz gleich. Ist aber gar kein thatsächlicher Klaggrund angegeben, so findet schon bei dem Erkenntniß über die Ladung nicht der §. 339, sondern der §. 338 Anwendung. D. R.

Digitized by Google

Zulassung derselben erwägen, und die Ladung versagen, allein einmal sind nicht alle Fälle fehlerhafter Klagen so grell, und für's andere weiß der Praktiker, daß es auch eine Pathologie des Prozesses gibt, und daß man die Prozeßnormen und die Wissenschaft eben so braucht, um Prozesse richtig zu instruiren, als um mißleitete Prozesse in das Normalgeleise zurückzuführen. Haaß.

IV.

Ueber Ausstellung von Pfandschreibereiausfertigungen.

In der Note zu dem Aufsatz I. in Nr. 13 der Annalen von 1838, Seite 82, wird von der Redaktion gegen die Ansicht des Einsenders jenes Aufsatzes die Behauptung aufgestellt, daß Bescheinigungen über Löschung von Pfandbucheinträgen nur vom Bürgermeister und Rathschreiber zu unterzeichnen seien; es möge jedoch erlaubt seyn, über einige Zweifel rücksichtlich der Richtigkeit dieser Ansicht hier um Belehrung zu bitten.

Diese Ansicht der Redaktion ist auf die Bestimmung der §§. 41 und 46 der Gemeindeordnung gestützt; allein es handelt sich dort wohl nur von Ausfertigungen über Gemeindeverwaltungsangelegenheiten, — nicht aber auch von Pfandschreibereisachen, indem letztere ganz unabhängig von erstern sind, daher auch die Anwendung der Bestimmungen des Gemeindegesetzes hierauf wohl mit Recht beanstandet werden dürfte. *)

Gar häufig, und selbst in Verordnungen, ja sogar auch in der Pfandschreibereiinstruktion kommt der Ausdruck „Pfandgericht" zur Bezeichnung derjenigen Stelle, welche die Grund- und Pfandbücher führt, vor; und in dieser Beziehung könnte man sagen: jedes Gericht hat seinen Vorsteher, welcher die Ausfertigungen der Entscheidungen des Kollegiums unterzeichnet, — also hier der Bürgermeister. Allein les conservateurs des hypothèques (Cod. civ. art. 2146 seq.) haben nichts zu richten, sondern sind nur verantwortliche Buchführer über die einzelnen Liegenschaftstheile der Gemarkung.**) Es genügt nicht das Verantwortlichseyn der moralischen Person, denn bei einer solchen kann (nach dem Begriffe einer moralischen Person) weder ein Irrthum noch ein Versehen unterlaufen, auch haben solche zu diesem Zweck kein Geld, weil sie aus diesem Grund dazu keines bedürfen, — es ist der Geldbeutel des Hypothekenbewahrers, auf welchen sich die Verantwortlichkeit bezieht; ***) dieser Hypothekenbewahrer besteht aber aus mehreren Individuen, wovon jedes derselben eine Rate der Verantwortlichkeit trägt, — und wer für ein Versehen verantwortlich gemacht ist, dem muß man wohl auch nachweisen können, daß seine aktive oder passive Mitwirkung das Versehen erzeugte, ****) oder mangelhafte Aufmerksamkeit es passiren ließ, — diese Nachweisung wird mit der ausgestellten bezüglichen Bescheinigung geliefert, resp. mit den Unterschriften derselben. Daher die Unterzeichnung derartiger Ausfertigungen von dem ganzen corpus der Pfandschreiberei (also nach §. 42 in fine der G. O. von sämmtlichen Gemeinderathsgliedern) nöthig seyn dürfte.

Sollten aber auch die Bestimmungen der Gemeindeordnung auf Pfandschreibereigeschäfte für anwendbar gehalten werden, so würde durch die Behauptung, daß nur der Bürgermeister mit dem Rathschreiber die Pfandschreibereiausfertigungen zu unterzeichnen habe, ein Widerspruch in diesem neuen Gesetz hervorgerufen seyn, indem, wenn ich z. B. Eigenthümer einer Liegenschaft im Werth von 10,000 fl. bin, und durch ein (nach oben erwähnter Ansicht) vom Bürgermeister und Rathschreiber unterzeichnetes Pfandschreibereidokument nachweisen kann, daß der Kaufschilling bezahlt und diese Liegenschaft nicht verpfändet ist, so habe ich ein vom Gemeinderath ausgestelltes Vermögenszeugniß über 10,000 fl. *****), welches aber gegen die Bestimmung des §. 41 Abs. 2 der G. O. nicht auch noch von zwei Gemeinderäthen unterzeichnet, sohin nach mehrerwähnter Ansicht gültig, nach der gesetzlichen Bestimmung des gedachten §. 41 Ab. 2 aber ungültig ist; obgleich hier, wie bei Ausstellung von Heimathscheinen, vergl. mit ebendemselben §. 41 Abs. 2 und Vollmachten zu Prozeßführungen, vergl. mit §. 126 Abs. 2 aus den Gemeinderathsprotokollen nachgewiesen werden kann, daß das ganze Collegium zu dem bezüglichen Beschlusse mitgewirkt hat.

Rheinländer.

*) Von einer solchen Unterscheidung zwischen Gemeindeverwaltungsangelegenheiten und andern, vom Gemeinderath besorgten, Angelegenheiten in Bezug auf die Art der Ausfertigungen ist im Gesetz nichts ersichtlich, die Unterscheidung also willkührlich. Nach dem §. 42 der Gemeindeordnung gehört die Führung der Grund- und Pfandbücher eben so zur Kompetenz des Gemeinderaths wie die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten, und es ist in Bezug auf die Erstere nirgends eine besondere Art der Ausfertigungen vorgeschrieben. D. R.

**) In Frankreich ist die Führung der Pfandbücher allerdings nicht, wie bei uns, einem Kollegium, sondern den Hypothekenbewahrern als Einzelnen übertragen. D. R.

***) Die Löschung ist der Beschluß des Kollegiums, und nicht die Uebernahme der Verantwortlichkeit, welche nur als eine gesetzliche Folge hinzukommt.

Auch bei andern Kollegialbeschlüssen des Gemeinderaths, z. B. bei der Bewilligung einer ungebührlichen Gemeindeausgabe, werden eben so wie bei andern Kollegien diejenigen, die zum Beschlusse mitwirkten, verantwortlich, und doch hat noch niemand behauptet, daß die Ausfertigung von allen Kollegialbeschlüssen, welche eine Verantwortlichkeit zur Folge haben können, von allen dazu mitwirkenden Kollegialmitgliedern unterschrieben seyn müssen. D. R.

****) Ganz richtig! — Dies ist aber auch in der angefochtenen Redaktionsnote anerkannt. Wenn aber die Mitwirkung eines Mitglieds aus dem Sitzungsprotokoll, oder weil es den Löschungseintrag mitunterschrieb, nachgewiesen werden kann, so kann es verantwortlich gemacht werden, wenn es gleich die Ausfertigung des Löschungsscheines nicht mitunterschrieben hat, und jedenfalls ist zur Gültigkeit einer solchen Ausfertigung, um dadurch die geschehene Löschung darzuthun, die Unterschrift aller mitwirkenden Gemeinderathsmitglieder nicht erforderlich. D. R.

*****) Keineswegs, denn ich kann ja dennoch 20,000 fl. uneingetragene Schulden, also rein keinen Kreuzer haben. Ein Löschungsschein ist kein Vermögenszeugniß, darauf also die singuläre Vorschrift des §. 41 Abs. 2 der Gemeindeordnung sicher nicht anwendbar. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 30. März 1839.

I.

Ueber die Bestrafung der bloß muthwilligen Todschläge unter der Herrschaft des Rekurs-Gesetzes vom 3. August 1837.

Obschon es eine ausgemachte, und gar nicht bezweifelte Unterstellung bei allen Richtern ist, daß ein muthwilliger Todschläger, d. h. jener, der bei seiner den Tod eines Menschen herbeigeführt habenden Handlung eine Absicht, zu tödten, nicht hatte, bei uns nicht hingerichtet wird, und obschon daher wohl alle auch nur etwas menschliche Richter die Ueberzeugung haben, daß die Hinrichtung eines solchen Todschlägers eine wirkliche Grausamkeit wäre, so besteht eben bei uns immerhin noch das Edikt vom Jahr 1803, wornach ein solcher muthwilliger Todschläger gleich dem verruchtesten Mörder mit der Todesstrafe bedroht wird. Zwar ist es richtig, daß die Gerichte zumal in neuerer Zeit doch so weit gekommen sind, daß sie selbst nicht mehr auf die Todesstrafe erkennen, sondern daß sie den muthwilligen Todschläger mit langjährigem Zuchthaus bestrafen, allein selbst dieses ist immerhin noch sehr bestritten, weil sich leider manche, insbesonders durch die Aufzählung von drei richterlich zulässigen Entschuldigungsgründen im Edikt vom Jahre 1803, zu der Meinung führen lassen, daß also alle sonstige Entschuldigungsgründe bei dem Verbrechen des Todschlags nicht beachtet werden dürfen. Wessen Geistes Kind aber diese drei Entschuldigungsgründe und wie milder Absicht sie sind, folgt am besten daraus, daß man erwägt, wie man doch wohl niemanden wegen Todschlags hinrichten wird, der niemanden tödten wollte, und niemanden getödtet hat, und wenn man nun bedenkt, daß der Umstand im Edikt vom Jahre 1803 ein richterlicher Entschuldigungsgrund genannt wird, wo der Tod eines andern Menschen gar nicht erfolgte, oder wo der Tod gar nicht aus der Handlung des Angeklagten entsprang, oder aus solchen Ereignissen mit erfolgte, die er gar nicht herbeigeführt hat. Ja man hat sogar schon versucht, den im §. 72 des Strafedikts enthaltenen Entschuldigungsgrund für den nur muthwilligen Todschläger, daß die Wunde nämlich nur per se lethalis erklärt wurde, aus dem Gebiet der richterlich zulässigen auszustreichen, und hat sich deßhalb auch wieder auf das Edikt vom Jahre 1803 bezogen, weil eben dorten dieser Entschuldigungsgrund nicht genannt sein. Die Unrichtigkeit beider Meinungen geht jedoch ganz klar aus dem Umstand hervor, daß der eigentliche Gesetzesparagraph 72 des Strafedikts ja das Edikt vom Jahre 1803 in seinem Eingang selbst ausdrücklich bei dem Todschlag, überhaupt die sonst bestehenden richterlichen Entschuldigungsgründe zuläßt, und die Erklärung einer Wunde als per se lethalis für den muthwilligen Todschläger als einen gesetzlichen Vorstand gegen die Todesstrafe benennt. Bedenkt man nun, daß man bei Sammlung der Erläuterung zum Strafedikt im Jahre 1812 gewiß nicht die Absicht hatte, dadurch das Strafedikt selbst zu schärfen, und erwägt man, daß dorten gerade im Eingang mit vollem Fug und Recht S. K. H. der Großherzog Karl Friederich christmildestens Gedächtnisses angeführt ist, so muß man es wirklich als ein Vergehen gegen die Manen dieses allverehrten Fürsten ansehen, wenn man annehmen wollte, daß er in dem Edikt vom Jahre 1803 eine so große Schärfung des Strafedikts vom Jahre 1803 beabsichtigt hätte. Das Edikt ist eine Erläuterung des §. 72 des Strafedikts, nicht aber eine Abänderung desselben, am allerwenigsten eine Erschwerung.

Wird aber auch unter diesen Voraussetzungen für den muthwilligen Todschlag nicht mehr auf Todesstrafe, so wird denn doch immer noch auf eine wohl unverhältnißmäßig strenge Zuchthausstrafe erkannt, und man hat sich gewiß bei dem Gesetz vom 3. August 1837 nicht die Folge gedacht, daß dadurch die für den muthwilligen Todschlag erkannt werdenden Strafen noch härter wie früher ausfallen. Der Grund davon liegt in zwei Umständen. Nach dem frühern Gesetz konnte das Hofgericht nicht weiter als auf 10 Jahre Zuchthaus erkennen. Lag nun ein Fall eines muthwilligen Todschlags zur Aburtheilung vor dem Hofgericht, und dieses hatte einmal die Meinung,

Digitized by Google

daß nicht auf Todesstrafe zu erkennen seie, so befand es sich also in der Lage, eine Zuchthausstrafe auszusprechen; im Herabgehen darin war es aber nach einmal ausgeschlossener Todesstrafe unbeschränkt, und so wie dabei auch nur einige Mitglieder auf eine 10 jäheige Zuchthausstrafe antrugen, so vereinigte man sich dazu um so leichter, als vielleicht manchen, ohne sich genaue Rechenschaft darüber zu geben, dazu der Reiz führte, das Strafurtheil selbst auszusprechen, und nicht nöthig zu haben, dem Oberhofgericht erst einen Antrag auf eine etwa 12 jährige Zuchthausstrafe da zu stellen, wo man eine 10 jährige Zuchthausstrafe selbst aussprechen konnte. Die Mitglieder, welche auf eine 12 jährige Zuchthausstrafe anfänglich antrugen, und welche nicht auf den, dem Antrag auf 12 Jahre, beinahe überall folgenden Antrag auf 15 Jahr beistimmen wollten, weil er ihnen ferner als 10 Jahre lag, giengen gewöhnlich zu dem Antrag von 10 Jahren über, und da man wohl wußte, daß das Justizministerium wegen ein Paar Jahren mehr oder weniger nicht den Rekurs an das Oberhofgericht ergreifen konnte und wollte, so wurde die 10 jährige Zuchthausstrafe erkannt. Jetzt aber können die Hofgerichte die Todesstrafe, lebenslängliches Zuchthaus, und zeitliches Zuchthaus ganz nach ihrem Ermessen erkennen, und bedenkt man noch den weiteen Umstand, daß bei der Berathung und Abdurtheilung der Staatsanwalt zugegen ist, und nach verlesenem Vortrag seine Bemerkungen darüber, also seine Billigung der beantragten Strafe oder aber seine abweichende Meinung, folgeweise in den meisten Fällen einen höhern Strafgrad äußern, Beziehungsweise beantragen kann, so wird sich wohl erklären lassen, daß das nicht mehr auf 10 Jahre Zuchthaus in seinem Urtheil beschränkte Hofgericht zumal dann eine höhere Zuchthausstrafe ausspricht, wenn eine höhere schon vom Referenten beantragt ist, und der Staatsanwalt im angeblichen Interesse des Gesetzes noch darauf aufmerksam macht, daß nach dem Edikt vom Jahre 1803 gar kein richterlich zulässiger Entschuldigungsgrund eigentlich vorhanden, und also die ordentliche Strafe des Todschlags, die Todesstrafe zu erkennen seie. Aber auch in den sonst sehr günstig für den Angeklagten liegenden Fällen, wo er z. B. auf das äußerste vom Getödteten zu der unglücklichen Handlung provocirt war, welche den Tod des Andern herbeiführte, wird sich eine für den Angeklagten sehr ungünstige Rückwirkung des prov. Gesetzes vom 18. Februar 1836 offenbaren, denn während früher das urtheilende Hofgericht häufig für nur etwas günstige Fälle des muthwilligen Todschlags als maximum der Strafe die von ihm noch erkennbaren 10 Jahre Zuchthaus aussprach, und also für einen sehr günstigen Fall an diesem maximum herunterging, so ist jetzt dem Hofgericht als maximum der Strafe die Hinrichtung, lebenslängliches Zuchthaus freigelassen, und an ihm herabsteigend wird man schwerlich so weit herunterkommen, als man an dem maximum von 10 Jahren herunter kam. Bedenkt man ferner die Erfahrung, daß man bei der im richterlichen Ermessen liegenden Zuchthausstrafe, so wie man einmal über die drei ersten Jahre hinausgekommen ist, die Strafe am häufigsten nach dem Decimalsystem von 5, 10, 15, 20 Jahren Zuchthaus ermißt, und höchstens noch dafür das Maß gleicher Jahre mit 2 zu dividirenden Strafen, als da sind, 4, 6, 8, 12 Jahre eintreten läßt, indem 7, 9, 11, 13 Jahre Zuchthaus bei solchen im richterlichen Ermessen liegenden Strafbestimmungen wohl gar nicht vorkommen, so werden wir nach allen diesen Voraussetzungen unter der Herrschaft des Gesetzes vom 3. August 1837 eine nicht unbedeutende Erhöhung der Strafen für muthwillige Tödtungen erhalten, die sicherlich bei diesem Vergehen nicht im Zwecke und der Absicht der Gesetzgebung lag. Man glaube aber nicht, daß diesem durch den jetzt überall eröffneten Rekurs an das Oberhofgericht vorgebeugt seie, denn es ist eine wohl begründete Erfahrung, daß in den Fällen, wo der Rekurs nur gegen eine im richterlichen Ermessen liegende Strafbestimmung ergriffen wird, der Oberrichter nicht leicht wegen ein Paar Jahren weniger, welche sein Ermessen aussprechen würde, ein abänderndes Erkenntniß ertheilt. Wenn es sich um Schuldig oder Unschuldig handelt, wenn es sich um die Aussprache einer festbestimmten Strafe frägt, da ist der Rekurs in Verschiedenheit der Ansicht des Oberrichters vom Unterrichter von gewissem Erfolg, wenn aber der Unterrichter 12 Jahre Zuchthaus nach seinem richterlichen Ermessen ausgesprochen hat, so wird der Oberrichter sein Ermessen von 10 Jahren um so weniger in ein das gefällte devinitive Urtheil abänderndes Erkenntniß einkleiden, als er sich wohlbewußt ist, daß er dem Unterrichter dazu keine bestimmte auf das Recht und das Gesetz gebaute, von dem letztern alsdann in künftigen Fällen angewendete Sätze und Regeln zu geben im Stande ist, und als er vielmehr annimmt, daß solche Herabsetzungen richterlich ermessener Strafe mehr Sache eines Rekurses zur Gnade ist.

Giebt es nun für diesen unverkennbar nicht beabsichtigten Erfolg des Gesetzes vom 3. August 1837 ein Correktorium? Es scheint sich ein solches allerdings nachweisen zu lassen. Die Anhangnummer 12 zu §. 4 des Strafedikts schreibt nämlich vor, daß in Fällen, wo eine Todesstrafe, oder eine lebenslängliche Zuchthausstrafe beantragt wird, und das Oberhofgericht findet, daß eine der erwähnten Strafen nicht verdient seie, es die eintretende zeitliche Strafgattung ausspreche, welche alsdann das Hofgericht zu ermessen habe, jedoch die zeitliche Zuchthausstrafe

Digitized by Google

nicht über zehn Jahre ermessen könne, indem eine höhere da, wo sie nicht durch gesetzlich angegebene auf den Betrag eines Schadens berechnete Regeln, sondern willkührlich ermessen wird, schon für lebenslänglich erachtet wird. Indem ich nun voraussetze, daß man die gesetzliche Kraft der gesammelten Erläuterungen zum Strafedikt vom Jahr 1812, insofern sie nicht mit dem Strafedikt selbst im Wiederspruch sind, nicht bestreitet, so gebe ich zu, daß die Anh. Nr. 12 ganz unzweifelhaft auf der Voraussetzung beruht, daß das Oberhofgericht die aburtheilende, das Hofgericht nur die beantragende Stelle bei den dorten erwähnten hohen Strafen war, und daß das Hofgericht überhaupt nicht über 10 Jahre Zuchthausstrafe hinaus urtheilen konnte. Ich gebe ferner zu, daß jetzt nach dem Gesetz vom 3. August 1837 das Hofgericht überhaupt die urtheilende Stelle in peinlichen Straffällen ist, und ohne Anstand über 10 Jahre Zuchthaus hinaus urtheilen kann. Ich gebe aber nicht zu, daß daraus die unbedingte Aufhebung, und Unanwendbarkeit der Anh. Nr. 12 durch das Gesetz vom 3. Aug. 1837 folgt. Vorerst enthält dieses Gesetz selbst jene gesetzliche Bestimmungen, und darunter gerade eine Erläuterung des Strafedikts Nr. 35 ist, welche es aufhebt, und da nun dabei die Erläuterung Nr. 12 nicht angeführt ist, so kann sie auch nicht als aufgehoben erachtet werden. Allerdings könnte die Anh. Nr. 12 durch Nachweisung einer gänzlichen Unanwendbarkeit und Unverträglichkeit mit dem Gesetz von 1837 außer Kraft gesetzt werden, und man könnte selbst ihre fernere Kraft alsdann sehr scheinbar bestreiten, wenn man nachweisen würde, daß sie lediglich auf Voraussetzungen jener ältern gesetzlichen Vorschriften gebaut ist; allein keines von beidem ist der Fall. Hebt man die in der Anh. Nr. 12 ertheilte Vorschrift selbstständig heraus, so geht sie dahin, daß in Fällen, wo eine zeitliche Zuchthausstrafe für die Todesstrafe und lebenslängliche Zuchthausstrafe nach richterlichem Ermessen ausgesprochen werden soll, nicht über 10 Jahren erkannt werden dürfe, weil eine höhere schon für sich als lebenslänglich erachtet werde, und wenn es nun auch richtig ist, daß sie diese Vorschrift für den Fall ertheilt, wo das Oberhofgericht die Sache an das Hofgericht zurückgewiesen hat, so folgt eben jetzt aus dem Gesetz vom Jahr 1837 nur, daß es selbst die Zuweisung der Sache an das Hofgericht vornimmt, und so wenig nun das Oberhofgericht die zeitliche Zuchthausstrafe über 10 Jahre, nach seinem richterlichen Ermessen da aussprechen konnte, wo es die beantragte Todesstrafe nicht verdient erachtete, sondern die Sache dem Hofgericht zur Aussprache einer zeitlichen alsdann nicht über 10 Jahre hinausgehenden Zuchthausstrafe abgeben mußte, eben so wenig kann das Hofgericht jetzt über die 10 Jahre hinausgehen, wenn es die Todesstrafe und lebenslängliches Zuchthaus nicht für verdient erachtet, und deßhalb eine zeitliche Zuchthausstrafe erkennen will, denn man kann höchstens sagen, daß das Hofgericht an die Stelle des Oberhofgerichts trete, und für dieses war der allgemeine unbeschränkte Satz, daß eine über 10 Jahre hinausgehende willkührlich ermessene Zuchthausstrafe als lebenslänglich erachtet werde, eben so gültig, als wie für das Hofgericht. Man müßte sonst nur den Unsinn annehmen, daß ein Verbrecher eine vom Oberhofgericht erkannte Zuchthausstrafe länger aushalten könne, als eine vom Hofgericht erkannte. Mit einem Wort, die überall noch anwendbare Vorschrift der Anh. Nr. 12 beruht weniger darin, von wo aus das, eine zeitliche Zuchthausstrafe im richterlichen Ermessen aussprechende Erkenntniß zu Stande kommt, als vielmehr darauf, daß bei den, im richterlichen Ermessen liegenden, willkührlich bestimmten zeitlichen Zuchthausstrafen 10 Jahre als höchste Norm angenommen werden, weil höhere Dauer als lebenslänglich zu betrachten seie, und diese Vorschrift ist jetzt nach wie vor dahin anwendbar, daß eben das Hofgericht sie alsbald vorkommenden Falls zu befolgen hat, so wie es die Todesstrafe und lebenslängliches Zuchthaus für unverdient erachtet. Man wird zwar sagen wollen, daß die Anh. Nr. 12 die 10 Jahre deßhalb gewählt habe, weil das Hofgericht nicht über 10 Jahre Zuchthaus urtheilen könne, allein dieser Grund ist im Gesetz nicht ausgedrückt, sondern er ist darin enthalten, daß bei den willkührlich zu ermessenden zeitlichen Zuchthausstrafen die Dauer über 10 Jahre hinaus lebenslänglich seie, und alsdann erläutert diese Behauptung nicht die Anh. Nr. 12, sondern umgekehrt die Anh. Nr. 12 erläutert die Behauptung dahin, daß der Gesetzgeber früher dem Hofgericht deßhalb das Erkenntniß über 10 Jahre Zuchthaus entzog, weil er die längere Dauer für lebenslänglich hielt, und dem Hofgericht nicht die Macht geben wollte, auf lebenslängliche Zuchthausstrafen zu urtheilen.

Sehen wir auch auf die Fälle, wo die Bestimmung der Anh. Nr. 12 eintritt, und suchen wir nach den Gründen des Gesetzgebers, so finden wir solche triftige und unabweisbare, daß man an der wahrhaft nothwendigen Anwendung der Anh. Nr. 12 gar nicht mehr zweifeln kann. Sie geht von dem Fall aus, wo Todesstrafe, oder deren nächstfolgender Grad, die lebenslängliche Zuchthausstrafe als vom Richter nicht verdient angesehen wird, und wo er also ganz bestimmter Ueberzeugung ist, daß er diese Strafen, insbesonders die lebenslängliche Zuchthausstrafe, gerechter Weise nicht aussprechen könne. Es kommt also in seinem Urtheil auf eine zeitliche Zuchthausstrafe. Nun gehörte aber doch für den Gesetzgeber nicht

Digitized by Google

viele Weisheit und Voraussicht dazu, um zu wissen, daß in dem Fall, wo der Richter keine lebenslängliche Zuchthausstrafe erkennen will, er doch der Sache nach eine lebenslängliche erkennt, wenn er z. B. für einen Angeschuldigten von 30 Jahren eine zeitliche Zuchthausstrafe von 40 Jahren ausspricht, und da er schon den Fall unterstellt hatte, daß es eine ausgemachte Sache seie, wie der Angeklagte keine lebenslängliche Zuchthausstrafe verdient habe, so lag es ihm doch gewiß nahe an der Hand, dem Richter alsdann eine Höhe der Zuchthausstrafe zu bezeichnen, mit welcher er seine Absicht, nicht auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen, auch erreichen könne, und wenn er nun dazu 10 Jahre bestimmte, so möchte ich denn doch fragen; ob man dieses nicht für hinreichend hält, und ob nicht die Erfahrung es bestätigt, daß die meisten Verbrecher nicht das 10te Jahr der Zuchthausstrafe überleben. Wahrlich die Anh. Nr. 12 hat einen schönen, edeln Zweck, sie verhindert den Richter, der keine lebenslängliche Zuchthausstrafe erkennen will, damit auf inderekten Wegen und unbewußt seiner Unrecht zu thun, daß er eine zeitliche Zuchthausstrafe von solcher Dauer ausspricht, daß es mit Händen zu greifen ist, wie der Verurtheilte sie nicht erleben kann, und wer diese so menschenfreundlich dargebotene Richtschnur zurückstößt, wer keine lebenslängliche Zuchthausstrafe aussprechen will, aber in seinem Ermessen willkührlich eine Zuchthausstrafe von 15, von 20 Jahren beantragt, den zeihe ich einer mit nichts zu rechtfertigenden Gleichgültigkeit gegen die Folgen seines Urtheils, welche er dann selbst als unrecht erkennen muß, wenn er sich nicht mit Gewißheit überzeugen kann, daß der Verurtheilte 15, 20 Jahre lang lebt, und daß also bei seiner eigenen Verwerfung der lebenslänglichen Zuchthausstrafe, sein 20 Jahre Zuchthaus aussprechendes Erkenntniß kein Erkenntniß lebenslänglicher Zuchthausstrafe ist. Er kann aber darüber keine Gewißheit haben, denn des Menschen Leben steht in Gottes Hand, und eben deßhalb soll er in seiner Ungewißheit nicht über 10 Jahre Zuchthaus erkennen, um der sonst eintretenden von ihm aber verworfenen lebenslänglichen Zuchthausstrafe möglichst auszuweichen. Man kann sich nicht mittelst Berufung auf das Gesetz beruhigen, denn die Anh. Nr. 12 nimmt selbst die gesetzlich fest bestimmten Zuchthausstrafen aus. Es handelt sich nur von den willkührlich ermessenen Strafen. Man kann sich auch nicht auf die Anh. Nr. 40 zu §. 27 berufen, denn sie ist in ihrer Beschränkung des Herabsteigens von der Todesstrafe oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe auf 10 Jahre offenbar im directesten Widerspruch mit den sonstigen Bestimmungen des Strafedikts selbst, mit der Anh. Nr. 12 insbesonders, und schon deßhalb nicht zu beachten, weil sie auf einen Beschluß vom 31. Januar 1810 begründet ist, während die Anh. Nr. 12 auf Beschlüssen vom 14. und 21. November 1810 beruht, also als spätere Novelle unbedingt vorzuziehen ist. Jedenfalls lassen sich beide noch dahin vereinigen, daß nach der einen nicht über 10 Jahre Zuchthaus hinaus, nach der andern nicht unter 10 Jahre herunter gegangen, also überall bei den willkührlich zu ermessenden Zuchthausstrafen auf 10 Jahre erkannt werden müßte. Allein wie gesagt, im einmaligen Herabgehen von der als unverdient erachteten Todesstrafe und lebenslänglichen Zuchthausstrafe kann der Richter nicht gebunden werden, wohl läßt er sich aber, wie auch in der Anh. Nr. 12 in Uebereinstimmung mit sehr weisen, menschenfreundlichen Regeln geschieht, im Hinaufgehen beschränken, und wenn man bedenkt, daß ja in neuerer Zeit bei dem 10 Jahr Zuchthaus erreichenden Diebstahl die Markenberechnung wegfallen soll, so wird man füglich auch annehmen dürfen, daß 10 Jahre Zuchthaus wohl ein maximum für den muthwilligen Todschläger bilden könnten, von dem einmal für den Richter so viel sicher vorliegt, daß er die Todesstrafe und lebenslängliches Zuchthaus nicht verdient hat. Wenn aber das Wegfallen der Markenberechnung demnach gerade die Abänderung der solche Strafberechnung aufrechterhaltenden Anh. Nr. 12 zu Gunsten eines Diebs durch eine Justizministerialverordnung erwirkt worden ist, so dürfte doch wohl auch zu Gunsten eines meistens ohnedies von harter Hand des unglücklichen Schicksals getroffenen nur muthwilligen Todschlägers wenigstens die Verordnung und Aeußerung gewünscht werden, daß man durch das Gesetz vom 3. August 1837 eine Aufhebung der Anh. Nr. 12 nicht beabsichtigt habe.

Wenn man nicht aus den Augen verliert, daß für besondere schreiende Fälle des Todschlags, wenn er auch ohne Vorsatz geschehen ist, dem Richter überhaupt und auch nach Anh. Nr. 12 immerhin noch die Erkennung der Todesstrafe, oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe freistehet, so wird man auch das maximum von 10 Jahren Zuchthaus für die sich zur härtern Strafe nicht eignenden bloß muthwilligen Todschläge um so mehr für genügend finden, als ja doch die neuern Gesetzgebungen den vorsetzlich aber im Affekt begangenen Todschlag nicht mehr mit der Todesstrafe bedrohen. Das Strafgesetzt von Baiern stellt als maximum der Strafe eines vom Getödteten zum Zorn gereizten vorsätzlichen Todschlägers im Art. 152 zwölfjähriges Zuchthaus fest. Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für Würtemberg bestimmt für denselben Fall ein maximum von 10 Jahren Zuchthaus, und unser neuer Strafgesetzentwurf deobt im §. 182 auf einen vorsetzlichen Todschlag, wobei der Todschläger zur That nicht gereizt wurde, Zuchthaus von 8—20 Jahr, und diese Strafe kann, wenn der Thäter gereizt wurde, nach §. 183 bis zu 2 Jahre Arbeitshaus herabsinken. Ueberdies läßt sich mit Grund behaupten, daß die Festsetzung eines maximum's von 10 Jahren Zuchthaus für einen nicht schreienden Fall des nur muthwilligen, d. h. erwiesenermaßen nicht beabsichtigten Todschlags, wo meistentheils der Getödtete den Anlaß zum Streit gegeben haben wird, eine Strafe ist, welche für alle gerechte Anforderungen legislativer Weisheit vollständig ausreicht. Es stehen sonach der Anwendung der Anh. Nr. 12 weder die Bestimmungen jetziger, noch die mit Gewißheit vorauszusehenden Vorschriften der zu erwartenden Gesetzgebung entgegen, und daß sie seither vielleicht nicht von den Gerichten angewendet wurde, beweist nichts gegen ihre Anwendbarkeit.

Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bell in Mannheim. Drucker und Verleger: Hr. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 14. Karlsruhe den 6. April 1839.

Ueber die Auslegung des Absatzes 6 im §. 1244 der Prozeßordnung, welcher besagt, daß eine Beschwerdeführung auch „wegen der richterlichen Kostenbestimmungen" Statt finde.

Bei den großh. Mittelgerichten besteht noch keine gleichförmige Auslegung dieser Vorschrift unsers Prozeßrechtes; und auch in den Senaten des Oberhofgerichts hat sich eine Uebereinstimmung der Ansichten der Einzelnen über diesen Punkt bis jetzt nicht gebildet, die Frage gehört aber nicht zu den unwichtigen; und daß deßhalb eine gleiche Interpretation sich recht bald feststelle, erscheint um so wünschenswerther, da die Fälle ihrer Anwendung so zahlreich eintreten. Es mag daher wohl der Mühe werth seyn, die beteeffende, in einigen literarischen Aufsätzen (vergleiche Hohnhorst-Jahrbücher 1835 Seite 132. Annalen der Badischen Gerichte II. Jahrgang Nr. 45 i. Annalen III. Seite 9) schon behandelte Kontroverse wiederholt und etwas ausführlicher zu besprechen.

Zwei Meinungen sind es vorzüglich, welche hier einander gegenüber stehen: die eine derselben nimmt die im Absatz 6 des §. 1244 gebrauchten Worte „richterliche Kostenbestimmungen" ganz gleichbedeutend mit: Bestimmungen, wodurch der Richter denjenigen Betrag der Kosten festsetzt, welchen der Anwalt seiner Partei aufzurechnen befugt seyn soll; mit andern Worten: Verfügungen an die Anwälte auf die von ihnen vorgelegten Deservitorien.

Die Vertheidiger dieser Meinung schließen daher von dem Begriffe der richterlichen Kostenbestimmungen auch jene Erkenntnisse oder Verfügungen aus, welche das Gericht über die nach dem §. 175 der Prozeßordnung gepflogenen Liquidationen der Prozeßkosten erläßt. Die andere Meinung versteht den angeführten Ausdruck des Gesetzes dahin, daß er die richterlichen Verfügungen der vorerwähnten beiden Arten umfasse. Keiner dieser Ansichten fehlt es an gewichtvollen Gründen.

Jene für die erstere Meinung bestehen hauptsächlich in folgendem: das devolutive Rechtsmittel, welches unsere Gesetzgebung gegen richterliche Beschlüsse gestatten wollte, welche in irgend einem streitigen Punkte das Rechtsverhältniß unter den Parteien ordnen, ist überhaupt die Appellation.

Für das vor ebendemselben Obergerichte geltend zu machende Rechtsmittel der Beschwerdeführung (querela simplex) bleiben daher natürlich nur diejenigen Fälle übrig, in welchen eine Beschwerde nicht im Verhältnisse zur Gegenpartei, sondern in jenem zum Richter selbst gehoben werden soll; — eigentlich Gegenstände der Gerichtsdisciplin, bei welchen jedoch der Gesetzgeber für angemessen erachtete, die Befugniß zur Abhülfe in die Hände der Gerichte zu legen, — statt solche, wie bisher lediglich der administrativen Centralaufsichtsbehörde zu überlassen.

Daß diese Prinzipien es seien, welche dem Titel 48 der Prozeßordnung zum Grunde liegen, erhält eine besondere Bürgschaft durch die einschlägige Stelle in den vom Geheimerath Freiherr v. Weiler dargestellten Motiven zum Entwurfe; und wird auf zuverläßige Weise durch den Inhalt des §. 1244 selbst bestätigt.

Von allen den Handlungen oder Unterlassungen nämlich, welcher dieser Paragraph in den Nummern 1 bis 5 aufzählt und gegen die er den Weg der Beschwerdeführung öffnet, hat nicht eine einzige den Zweck, Rechte zwischen den Parteien festzusetzen; alle beziehen sich nur auf das Benehmen des Richters, den Parteien oder ihren Anwälten, den Zeugen oder Sachverständigen, und dem Publikum gegenüber. Kann man nun, nach Musterung der einzelnen Absätze des §. 1244 nicht umhin, dieß anzuerkennen; so zeigt sich kein Grund, dem ohnehin etwas vagen Ausdrucke „richterliche Kostenbestimmungen" in Nr. 6 desselben Paragraphen, mit Verläugnung des gedachten Prinzips, einen ausgedehntern Sinn beizulegen, und in seinen Bereich auch die Fälle der Liquidation der Prozeßkosten nach §. 175 — zu ziehen, in welchen zwar, eben weil es sich um eine Liquidation handelt, schon wegen des Grundsatzes in Nr. 6 des §. 673 der Prozeßordnung jederzeit ein abgekürztes Verfahren einzuhalten ist, in denen aber zwischen den Parteien immerhin, wann

Digitized by Google

nicht ein förmlicher Streit, doch ein Gegensatz von Betheiligungen hinsichtlich der Frage Statt findet: welche Bestandtheile des im Verzeichnisse berechneten Gesammtbetrags als solche zu betrachten und nachgewiesen seien, die bei richtiger Anwendung des vorausgegangenen zum Grunde gelegten Erkenntnisses, der fordernden Partei ersetzt werdrn müssen; — eine Frage, worüber die richterliche Entscheidung, gleich jener über Liquidationen anderer Art, in Folge des allgemeinen Grundsatzes, dem Rechtsmittel, der Appellation unterliegt; sei es nun, daß der gegen die Gesuche des Appellanten zuerkannte oder aberkannte Betrag die Appellationssumme erreicht, oder daß einer der besondern Gründe eintritt, welche ohne Rücksicht auf das Daseyn der Summe diesem Rechtsmittel Eingang verschaffen.

So sehr das erstere der obenerwähnten Systeme sich unter diesem Gesichtspunkt empfehlen mag, so scheinen bei näherer Betrachtung die stärkern Gründe sich doch auf der Seite des entgegengesetzten Systems zu befinden, und durch ihr Uebergewicht die Erwartung zu rechtfertigen, daß der oberste Gerichtshof, abweichend von seiner bisherigen Uebung, die zweite Ansicht früher oder später zu der seinigen erheben werde.

Vor allem ist soviel unbestreitbar, daß sie den Wortlaut des Gesetzes für sich hat: „richterliche Kostenbestimmungen" heißt doch wohl nichts anderes als: Bestimmungen, welche der Richter in Betreff der Kosten erläßt.

Nimmt man diese Worte in ihrer vollen Bedeutung, so umfassen sie drei Gattungen von richterlichen Beschlüssen:

1) die Erkenntnisse über den Kostenpunkt, welche in Gemäßheit des §. 173 zugleich mit der Entscheidung der Hauptsache, erfolgen; sammt jenen, die in den Fällen des §. 174 der Prozeßordnung über Kosten einzelner Prozeßhandlungen oder Prozeßabschnitte schon früher ergehen. Alle diese Erkenntnisse geben Bestimmung über die Schuldigkeit zum Ersatze der Prozeßkosten, oder über die Quote einer jeden Partei da wo eine Theilung der Kosten Statt finden soll.

2) Die Festsetzungen des Kostenbetrags auf den Grund einer Liquidation nach dem §. 175. Sie sind von allen Beschlüssen der vorerwähnten Kategorie wesentlich verschieden; indem sie lediglich den Zweck haben, eine richtige Subsumtion unter den vorangegangenen Ausspruch über die Schuldigkeit — zu bewirken, mag dieser nun den ganzen Prozeß oder einzelne Bestandtheile desselben betreffen; und

3) Dekreturen der Deservitenverzeichnisse der Anwälte, nach Maßgabe des §. 158 der Prozeßordnung.

Was die unter 1 bezeichnete Gattung von Beschlüssen angeht, so haben wir gute Gründe, sie unter den in §. 1244 Nr. 6 aufgeführten Bestimmungen nicht für inbegriffen zu halten: einmal, weil die allgemeine — auch durch die §§. 169 und 173 unserer Prozeßordnung anerkannte Regel besteht, daß das Interesse jeder Partei beim Kostenpunkte — mit ihrem Interesse bei dem Hauptgegenstand des Streites — gleiches Schicksal haben müsse, und daß beiderlei Interessen namentlich im Urtheil unzertrennbar seien; woraus folgt, daß beide, zusammen ein Ganzes ausmachend, nur einem und demselben (devolutiven) Rechtsmittel, nämlich der Appellation unterworfen seyn können.

Geradezu bestätigt wird diese Theorie durch die beiläufige Bemerkung im zweiten Absatze der Nr. 4 des §. 1175 der Prozeßordnung; obgleich sie die Statthaftigkeit einer Appellation, welche bloß die Prozeßkosten betrifft, in sehr enge Schranken weist.

Dazu kommt, daß die Prozeßordnung in den §§. 173 und 174, wo sie von einer solchen ursprünglichen, aller Liquidation vorangehenden Entscheidung über den Kostenpunkt redet, sie nicht mit dem vagen Ausdrucke von Kostenbestimmung oder Festsetzung, wie er in den §§. 1244 und 175 vorkömmt, sondern mit dem speziellen Namen eines Erkenntnisses bezeichnet.

Es liegt nicht in meiner Absicht, an diesem Orte näher auszuführen, daß die Vorschrift in der gedachten Nummer 4 des § 1175, obschon sie nur gelegenheitlich der Aufzählung der Fälle eingerechnet ist, in welchen die Appellation ohne Rücksicht auf das Daseyn der Summe Statt findet — doch für Beträge, welche die Beschwerdesumme erreichen, gleichfalls gelte. Es mag hier in dieser Beziehung an einigen wenigen Bemerkungen genügen: für die Abweichung von dem Grundsatze des §. 1172 in allen Gattungen von Fällen, welche der §. 1175 unter 1 bis 8 aufzählt, hatte das Gesetz bekanntlich den Bestimmungsgrund, daß hier die Rechtspflege in so wesentlichen Bedingungen verletzt ist, daß eine Abhülfe dagegen jedenfalls möglich seyn muß. In Hinsicht auf Zulässigkeit der Appellation steht demnach jeder derartige Fall demjenigen, wo die Beschwerdesumme vorhanden ist, vollkommen gleich. Wenn nun dort die Gesetzesstelle im zweiten Absatze der Nummer 4 besagt: keine dieser Verletzungen, — mit Ausnahme der unter 4, wo das Urtheil auf einen unwahren in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gebaut ist, — soll der Appellation Eingang verschaffen, die blos die Prozeßkosten betrifft, — ist denn damit nicht deutlich genug gesagt, daß auch das mit jenen Verletzungen gleichgeltende Daseyn der Beschwerdesumme diese Appellation nur in dem angegebenen einzigen Ausnahmsfalle zulässig mache?

Man braucht jedoch jene Stelle nur zu lesen, um aus ihrem unbedingt lautenden Inhalte sofort die Ueberzeugung zu schöpfen, daß sie einen selbstständigen Paragraphen hätte ausmachen sollen, und daß sie an ihrem jetzigen Platze als eine ziemlich unpassende Einschaltung dastehe.

Dem sei übrigens wie ihm wolle; nach dem Obigen

Digitized by Google

bleibt immerhin unzweifelhaft, daß die über den Kostenpunkt erlassenen Erkenntnisse der §§. 173 und 174 unter den Begriff der Kostenbestimmungen des §. 1244 Nr. 6 nicht gehören.

Vergeblich sieht man sich dagegen (zu 2 und 3) nach einer positiven Verfügung des Gesetzes oder nach irgend einem probehaltigen Fundamente um, welche gestatteten, dem Wortlaute des obengedachten Absatzes, — denn nur von diesem Wortlaute ist vorerst die Rede —, auch die richterlichen Beschlüsse der zweiten Categorie zu entziehen, und ihm auf solche Weise nur die Kostendekreturen im engsten Sinne, nur die Anweisung der Anwaltsdeserviten, somit in Wirklichkeit nichts übrig zu lassen, als die Anwendung der Taxordnung. Es läßt sich dafür ein Grund um so weniger absehen, da bei einer so gearteten Behandlung der Gesetzessprache der Gegenstand des Absatzes 6 im §. 1244 eigentlich auf Null heruntergebracht würde, und zwar darum, weil auch die Prüfung, Ermäßigung und Dekretur der Anwaltsdeserviten, streng genommen keine „richterliche" Bestimmung, sondern eine „gerichtspolizeiliche" ist. Dagegen schützt man freilich den Geist des Gesetzes vor, und behauptet hienach die Nothwendigkeit einer einschränkenden Auslegung. Zunächst entsteht mithin die Frage, ob denn dieses Verfahren juristisch überhaupt zulässig sei. Ganz in Uebereinstimmung mit allgemeinen Rechtsprinzipien, und mit den besondern Grundsätzen des römischen Rechtes (vergleiche Thibaut, Theorie der logischen Auslegung §§. 15, 25, 27, 29) giebt der Satz 4 a unseres Landrechts dem Richter die angemessene Weisung: auf Grund und Zweck des Gesetzes, auf den Geist des Gesetzbuchs und auf Rechtsähnlichkeit seine Entscheidung nur da zu bauen, wo ihm ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt. Von dem Bedürfniß einer engern oder weitern Interpretation der Ausdrücke einer Gesetzesstelle in Gemäßheit der Absicht der Legislation kann daher nur dann die Rede seyn, wenn sich ein wahrer Doppelsinn derselben darlegt. Sie muß also hier wegfallen, weil es dem Obengesagten zufolge keineswegs zweifelhaft, und wohl von Niemand im Ernste bestritten worden ist, daß der mehrgedachte Absatz 6 im §. 1244, wenigstens dem natürlichen Wortverstande nach, die Kostenfestsetzungen des §. 175 mit einschließe.

Angenommen jedoch, es bestehe in der That eine Zweideutigkeit, so daß der Wortlaut jenes Absatzes ebensowohl die engere Bedeutung haben könnte, in welcher er die Dekretur der Anwaltsgebühren allein bezeichnete, wie die weitere Bedeutung, in der sie die richterlichen Beschlüsse des §. 175 mitumfaßte, welcher von beiden würde, als der Absicht und dem Geiste des Gesetzes mehr entsprechend, der Vorzug einzuräumen seyn.

Die Gründe für die engere Wortbedeutung wurden bereits im Eingange angeführt. An deren Spitze steht die Maxime: die Prozeßordnung kennt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung einzig gegen Beschlüsse, welche der Richter in seinem Verhältnisse zur Partei erläßt.

Ausgedrückt ist dieser Satz niegendswo zu finden, er wird aber aus dem Inhalte der einzelnen Abtheilungen des §. 1244 mittelst Schlußfolgerung gebildet. Entweder soll nun dieser Obersatz heißen a, daß in keinem jener Absätze von 1 bis 5 und 7 eine Erwähnung von Beschlüssen geschehe, wodurch das Gericht in irgend einer Beziehung über das Recht unter den Parteien etwas bestimmt; oder er soll heißen b, daß keiner der dort aufgezählten Fälle ein kontradiktorisches Verfahren voraussetze. In der erstern Unterstellung erscheint der Satz unrichtig; in der letztern hingegen, nebstdem noch — unerheblich.

Wahr ist es, zu a, daß die Absätze 1 bis 5 kein Bedenken verursachen. Denn wenn der Richter die Justiz verzögert, oder verweigert, wenn er bei mündlichen Verhandlungen die den Parteien zustehende Befugniß hintansetzt, selbst oder durch Bevollmächtigte im ersteren Falle allein oder mit einem oder mehrern Beiständern oder Begleitern aufzutreten; wenn er das Prinzip der Oeffentlichkeit versetzt, oder das Recht einer oder beider Parteien unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen eine Abweichung von dieser Oeffentlichkeit des Verfahrens zu begehren und in einem solchen Fall eine gewisse Anzahl von Personen zur Seite zu behalten; wenn das Gericht gegen Parteien, Zeugen, oder Sachverständige sich eine ungebührliche Behandlung erlaubt, unverdiente Verweise oder Geldstrafen erkennt, so ist es allenthalben nur das Benehmen des Richters, was hervortritt, ohne daß hiedurch im Prozesse selbst das mindeste geschlichtet wird.

Allein der §. 1244 in seinem Absatze 7 besagt, daß es außer den in Nr. 1 — 5 verzeichneten und außer den in Nr. 6 allegirten jetzt der Kontroverse unterliegenden, noch andere Fälle der Beschwerdeführung gebe. Dahin gehört namentlich die Beschwerde gegen Verwilligung einer Frist, nach dem §. 242. (Vergleiche von Weiler).

Gesetzt, es handle sich um die dritte, oder mehrmalige Erstreckung einer Beweisfrist, worüber also, nach dem §. 235 die Gegenpartei nothwendig zu hören ist, und die Bewilligung werde ertheilt trotz der bestimmten Einsprache des dabei sehr interessirten Probaten; hat hier etwa der Richter nicht über einen unter den Parteien streitigen, je nach Umständen keineswegs unwichtigen, wenn gleich nur prozessualischen, Punkt entschieden?

Dahin gehören ferner die im §. 963 der Prozeßordnung ausdrücklich bemerkten Fälle der Beschwerdeführung gegen Verfügungen des Richters (nicht der im §. 970 genannten Vollstreckungsbeamten), die eine Verletzung der gesetzlichen

Digitized by Google

Vorschriften beim Vollstreckungsverfahren zum Nachtheile des Beschwerdeführers enthalten; und die von mannichfaltiger Art seyn können: Man denke zum Beispiel an den Fall, daß ein Gläubiger den — nach §. 1044 und und folgend — hiezu nicht kompetenten Richter angehe, auf den Grund eines Steigerungsgebots einen Zuschlag selbst zu ertheilen; oder daß er, dem neuen Prozeßrechte zuwider, vom Richter verlange, ihm einen „Gegenstand an Zahlungsstatt heimzuweisen, zu adjudiciren"; — und daß der Richter dem einen oder andern dieser Gesuche, nachdem er den Schuldner vernommen, in gleicher Unkenntniß des geltenden Prozeßrechtes, ungeachtet des Widerspruchs des Schuldners, wirklich willfahre; oder daß er, verstoßend gegen den §. 968, und nach heftigem Streite unter den Parteien, ein nach dem Gesetze nicht zulässiges Vollstreckungsmittel verfüge, den sachfälligen Beklagten etwa anhalten wollte, seine Geldschuld beim Kläger durch Handarbeit abzuverdienen ꝛc.; wären dies solche Verfügungen, welche das Gericht nur in seinem Verhältniß zu einer Partei erläßt.

Hieraus folgt, daß letzteres Merkmal, eben weil es aus den Absätzen 1 bis 5 des §. 1244 abstrahirt ist, zwar in der großen Mehrheit der Fälle vorherrscht, und in so fern die Regel bildet (weiter ist ohne Zweifel auch die eigentliche Meinung des Geh. R. von Weiler nicht gegangen), daß aber dasselbe keineswegs durchgreifend sei, sondern daß es der Gesetzgebung gefallen habe, in dem Gebiete der einfachen Beschwerdeführung Gegenstände von sehr verschiedener Beschaffenheit zusammenzustellen, weil es weniger angemessen schien, für sie den Weg der förmlichen Berufung zu öffnen. Damit verschwindet jede Nothwendigkeit und jede Befugniß durch einengende Auslegung, dem natürlichen Begriffe der Worte im Absatze 6 des bemerkten Paragraphen, der Absätze 1 bis 5 wegen, Gewalt anzuthun.

Wir haben zu b) so eben gesehen, daß die richterlichen Beschlüsse, gegen welche das Gesetz das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gibt, in den Fällen des §. 235 ein wenn auch noch so kurzes, kontradiktarisches Verfahren sogar als nothwendig voraussetzen. Ein gleiches Verfahren ist bei der Liquidation der Prozeßkosten nach §. 175 nicht einmal wesentlich, und wenn hier das Gericht die Gegenpartei vernimmt, so geschieht es nicht deßhalb, weil dies überhaupt nothwendig wäre, sondern deßwegen, weil der Richter es den Umständen des konkreten Falles für angemessen erachtet.

Werden mit der Anrechnung der Kosten nicht fremdartige Ansprüche verbunden, oder vermengt; in welchem Falle jedoch das Geschäft aufhörte, eine Liquidation von Prozeßkosten zu seyn; so besteht die Funktion des Richters zunächst in einem Ermessen, wie weit die einzelnen Ansätze nachgewiesen seien, und wie weit sie zu denjenigen Kosten gehören, deren Ersatz dem fordernden Theile durch das vorausgegangene Urtheil bereits zuerkannt ist, und dann in einem dem Erfund entsprechenden Festsetzen des Betrags, wie der §. 175 sich ausdrückt, also in einem, in das Detail gehenden Anwenden des schon vorhandenen Erkenntnisses, und nicht sowohl in dem Ertheilen eines neuen. Ein solches Festsetzen oder Bestimmen wird aber selbst in der Rubrik des §. 175 als eine richterliche Kostendekretur bezeichnet, und ob der Betrag klein oder groß sei, ob die Gegenpartei gehört wurde oder nicht, und ob das Gericht seiner Dekretur den Namen eines einfachen Beschlusses, oder den eines förmlichen Erkenntnisses beilegte, alles dieses ist für die Wesenheit der Sache völlig gleichgültig.

Mit Unrecht endlich würde man dieser Theorie eine Inkonsequenz aus dem Grunde verwerfen, daß sie im Liquidationsprozesse über die Kosten, unbeschränkt die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels anerkenne, während sie im Hauptprozesse über denselben Punkt, eine Abhülfe gegen die richterliche Bestimmung, dem §. 1175 Abs. 4 gemäß, nur für den seltenen Fall der Anführung eines unwahren Rechtssatzes einräumen. Denn für die letztgedachte Bestimmung konnte der Gesetzgeber seine guten Motive haben: An sich betrachtet ist nämlich die Anwendung der §§. 168 bis 170, sofern es sich nur um den Ausspruch der Schuldigkeit zum Kostenersatze überhaupt handelt, sehr einfach, und die Legislation dürfte sich darauf verlassen, daß der Richter, welcher die Hauptsache den Rechten gemäß entscheidet, in Ansehung der Kostenfrage das Richtige nicht leicht um einen bedeutenden Betrag verfehlen wird. Beruhigt sich also die Partei bei jener Entscheidung über das Hauptinteresse, und hat sie dadurch die Gerechtigkeit des Urtheils hierin anerkannt, so wird ihr auch hinsichtlich der Kosten schwerlich Unrecht geschehen seyn. Und so mag das Gesetz genug gethan haben, wenn es seine weiter gehende Fürsorge auf den schreienden Fall der Anführung eines unwahren Rechtssatzes beschränkte. Wird aber einmal das Urtheil über die Schuldigkeit als gerecht betrachtet, so muß der Gesetzgebung daran liegen, daß es auch bei seiner ins Einzelne gehenden Anwendung treu gehandhabt werde, damit nicht auf dem Wege der Liquidation wieder genommen werden könne, was das Haupterkenntniß gegeben hatte. Daß nun das Geschäft dieser speziellen Handhabung in den Fällen des §. 175 verhältnißmäßig nicht ebenso einfach sei, wie die generelle Anwendung der Grundsätze der §§. 168—170, wird man ohne weitere Deduktion zugeben. Abhülfe gegen eine richterliche Bestimmung im Liquidationsverfahren muß also möglich seyn. Der Weg der Appellation konnte zu diesem Zwecke nicht wohl geöffnet werden, nachdem man ihn ordentlicherweise sogar gegen den Hauptausspruch über

Digitized by Google

die Kosten — verschlossen hatte. Es blieb daher nichts Anderes übrig, als durch das Mittel der Beschwerdeführung zu helfen.

Aus der vorstehenden Daestellung möchte sich auf befriedigende Weise eegeben, daß die zweite Meinung eben so sehr mit der aus dem Gesetze selbst erkennbaren Absicht und dem Geiste, als mit dem ungezwungenen Wortverstande des Gesetzes im Einklang steht. Peter.

Anmerkung.

Die Hauptgründe für die hier ausgeführte Ansicht sind:

1) Es ist falsch, daß die einfache Beschwerdeführung des §. 1244 nur für die Fälle bestimmt sei, wo der Richter die eine Partei selbstständig, und ohne Mitwirkung der andern Partei durch seine Thätigkeit verletzt hat.

2) Die Kostenfestsetzung des §. 175 ist nur ein Vollstreckungsakt für das in dee Hauptsache eegangene Urtheil, und da dieses selbst hinsichtlich des Kostenpunkts allein nicht appellabel war, so kann solches auch die Vollstreckungsverfügung nicht seyn.

ad 1) Der erste Grund, dessen Wahrheit mein verehrter Freund und Amtsgenosse überzeugend nachgewiesen hat, scheint sein Gewicht dadurch zu verlieren, daß dennoch anerkannt wird, die Prozeßoednung habe im §. 1244 solche Fälle voezugsweise berücksichtigt, und sie als das regelmäßige Gebiet der Beschwerdeführung im Auge gehabt, so daß die Fälle, wo der Richter unter Mitwiekung dee einen Partei die andere beschwert, nur ausnahmsweise in den Kreis dieses außerordentlichen Rechtsmittels gezogen erscheinen.

Ist abee dieß, so dürfen derartige Fälle nur dann duech Beschweedeführung erledigt werden, wenn völlig klare gesetzliche Bestimmungen solches rechtfertigen, weil im Zweifel wohl für die Festhaltung der Regel, nicht aber für die Ausnahme der Vermuthung streitet, und deßhalb Ausnahmsbestimmungen jederzeit strikte auszulegen sind.

Hat nun aber der in §. 1244 Ne. 6 gebrauchte Ausdruck Kostenbestimmung, wie im obigen Aufsatz erörtert ist, einen weitern und einen engeen Sinn, und würde der weitere den Absatz des §. zu einee Ausnahmsbestimmung machen, während der engere ihn in Conformität mit der Regel dieses §. erhielte, und ist es ohnehin schon aus andeen von meinem verehrten Feeund ausgeführten Geünden unstatthaft das Wort im weitesten Sinn zu nehmen, so scheint der engste Sinn, das heißt die Beschränkung auf Kosten, Dekreturen, den Vorzug zu verdienen.

Allein auch dieseFolgerung entbehrt einer haltbarenGrundlage, denn es ist nicht nachzuweisen, daß unsere Prozeßordnung die einfache Beschwerdeführung in der Regel nur für Fälle, wo der Richter die eine Partei ohne Mitwirkung der andern selbstständig beschwert, ertheilt: und daß deßhalb deren Zulassung für andeee Fälle als Ausnahmsbestimmung zu behandeln sei.

Unter der Herrschaft des alten Prozeßrechts war zwar die quærela simplex nur für den Fall der verweigerten oder verzögerten Rechtshülfe ausdrücklich ertheilt.

Martin, Lehrbuch §. 309,

Gensler, Commentar dazu §. 298,

Linde, Lehrbuch §. 182,

und es konnte dort von einer annalogen Anwendung dieses Rechtsmittels auf andere Fälle nur da die Rede seyn, wo der Richter in ähnlicher Weise, wie bei dee Veezögerung und Verweigerung selbstständig eine Partei beschwert hatte.

Ganz anders verhält sich aber die Sache in unseree Prozeßordnung, diese hat die einfache Brschwerdeführung nicht blos für den einen Fall, in welchem sie das alte Recht gab, sondern gleichzeitig auch für mehrere andeee Fälle ertheilt, welche zwae zum Theil mit jenem einen Fall analog sind, zum Theil aber auch das Merkmal der Beschwerung einee Partei duech selbstständiges Handeln oder Unterlassen des Richters, nicht an sich tragen, wie dieses in vorliegendem Aufsatz näher gezeigt wurde. Zum Theil wird hier auch im Absatz 3 des §. 1244 die einfache Beschweedeführung für unwesentliche Formverletzungen ertheilt, welche nach den Grundsätzen des alten Rechts zur Beschwerde wegen heilbarer Richtigkeit geeignet waren.

Bayer Vortr. pag. 525.

Auch der Absatz 5 des §. 1244 zieht einen Fall in das Gebiet der Beschwerdeführung, wo die Beschwerde nur zufällig auf einer selbstständigen Thätigkeit des Richters beruht, aber eben so gut auch durch Anrufen der Gegenpartei veranlaßt seyn kann, nämlich die richterlichen Geldstrafen.

Schon hieraus ergiebt sich also, daß unsere Gesetzgebung bei Bestimmung der Fälle, wo das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerdeführung Platz greifen soll, mindestens nicht ausschließlich vom Gesichtspunkte dee Beschweeung der Paetei duech selbstständiges Handeln des Richters ausgieng, sondeen daß nur bei einigen der gemachten Bestimmungen dieser Gesichtspunkt ihn leiten konnte, wäheend er bei andern von andeen Motiven ausgegangen seyn muß.

Es wird solches aber vollends durch die Prozeßnovelle vom 3. August 1837 über allen Zweifel eehoben, indem diese im §. 391 füe Fälle, wo zuvor die Appellation Statt hatte, und bei denen jenes Merkmal der alten quærela simplex durchaus nicht anschlägt, die Beschwerdeführung nun auch eingefühet hat.

Man kann also von dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung, so wie solches nunmehr in unserer Prozeßoednung entwickelt vorliegt, unmöglich sagen, es sei ausschließlich,

Digitized by Google

oder doch regelmäßig nur für die Fälle ertheilt, wo der Richter eine Partei selbstständig beschwert hat; sondern es ist ausgemacht, daß dieses Rechtsmittel auch für andere jenes Merkmal nicht an sich tragende Fälle gegeben ist, so wie auf der andern Seite nicht bezweifelt werden kann, daß für verschiedene, mit diesem Merkmal wirklich versehene Fälle, nicht die Beschwerdeführung, sondern die Appellation gegeben ist; vergl. Prozeßordnung §. 1175, Abs. S. 1, 3, 4, 5.

Es muß aber überhaupt bezweifelt werden, daß unserem Gesetzgeber in der Lehre von den Rechtsmitteln die auch dem alten Recht fremde Grundansicht vorgeschwebt habe; für Fälle, wo die Partei durch selbstständige Thätigkeit des Richters beschwert ist, eine die Verhandlung unter den Parteien nicht nothwendig bedingende Beschwerdeführung, und für Fälle, wo die Gegenpartei zur Beschwerung mitgewirkt hat, die Appellation als regelmäßiges Rechtsmittel zu geben.

Vielmehr scheint der Gesichtspunkt der größern oder geringern Wichtigkeit des Gegenstandes der Beschwerde für die Wahl der ertheilten Rechtsmittel vorzugsweise bestimmend gewesen zu seyn.

Wo die Verletzung von Formvorschriften eine materielle Rechtsbeschwerde zur Folge hat, hält man solche nach Prozeßordnung §. 1175 Nr. 3 immer für wichtig genug, um Appellation auch ohne Rücksicht auf den Geldwerth der Beschwerde zuzulassen, wo aber, wie bei Verletzung des Grundsatzes der Oeffentlichkeit, eine Beugung des materiellen Rechts im Formmangel nicht liegen kann, ist durch §. 1244 nur die weniger umständliche Beschwerdeführung gegeben.

Wo dagegen eine materielle Rechtsbeschwerde ohne Formenverletzung statt hat, hält man, mit Ausnahme der im §. 1175 aufgezählten Fälle, die Sache nur dann für die Appellation wichtig genug, wenn die Beschwerde den wirklichen Streitgegenstand Tax oder Zinsen betrifft, und mindestens die festgesetzte Appellationssumme erreicht; andere das materielle Recht der Parteien berührende richterliche Aussprüche, welche nur über Prozeßkosten Bestimmung geben, oder Geldstrafe verhängen, sind wegen ihres regelmäßig geringen Geldwerths, so wie in anderer Rücksicht minder wichtig, als die Bestimmungen über den Streitgegenstand selbst, und deßhalb zur Beschwerdeführung verwiesen.

Den Schein eines Widerspruchs gewinnt es dann freilich, wenn da, wo die Hauptsache selbst der mangelnden Summe wegen sich nicht zum höhern Rechtszuge eignet, dieser Rechtszug, obgleich auf dem Wege der einfachen Beschwerdeführung, für den Nebenpunkt der Kosten eröffnet ist; allein ähnlicher Widerspruch könnte auch in der Bestimmung des §. 391 gefunden werden, und für die gegenwärtige scheinbar abnorme Bestimmung spricht mindestens das, daß der von dem Mißverhältnisse des Zeit- und Kostenaufwands für ein ordentliches Rechtsmittel, zu dem Werth eines unbedeutenden Prozeßobjektes hergenommene allgemeine Grund für Beschränkung der ordentlichen Rechtsmittel, bei dem außerordentlichen, in der Regel keine Verhandlung fordernde Mittel der Beschwerdeführung nicht anschlägt, und daß gerade die Prozeßkosten ihrer regelmäßig eintretenden aktenmäßigen Liquidität wegen, sich vorzugsweise zur Erledigung auf dem höchst summarischen Wege eignen.

ad 2) Gegen den zweiten oben ausgehobenen Grund, welcher davon hergenommen ist, daß die Kostenfestsetzung des §. 175 ein Vollstreckungsakt für das in der Hauptsache ergangene Urtheil, und daher so wenig, wie dieses selbst hinsichtlich der Kosten allein appellabel sei, wird eingewendet, daß die Bestimmung des Haupturtheils über den Kostenpunkt nichts als ein Erkenntniß über die Schuldigkeit mit Vorbehalt der Liquidation sei, diese durch §. 175 vorbehaltene Liquidation aber im einzelnen Falle leicht auch mit einer Liquidation der Hauptforderung cumulirt werden könne, wo alsdann unstreitig das in dem Urtheil auf den Liquidationsprozeß enthaltene Erkenntniß über jene Prozeßkosten appellabel sei; der Satz, daß das Erkenntniß über die Kosten nicht selbstständig appellabel wäre, sei also in seiner Allgemeinheit nicht wahr ꝛc., vergl. Annal. III, 10.

Hierauf läßt sich jedoch erwidern: wenn man annimmt, daß in dem besondern Falle, wo außer den Kosten auch noch der Streitgegenstand selbst ganz, oder theilweise zum Liquidationsprozesse ausgesetzt ist, ganz den Liquidationsbescheid auch eine Appellation Statt finde, welche allein die Kosten des vorhergegangenen Prozesses betrifft, oder was dasselbe ist, daß bei Berechnung der Beschwerdesumme hier auch die Kosten des vorhergegangenen Prozesses berücksichtigt werden müßten, so kann dies doch aus keinem andern Grunde geschehen, als, weil der in Bezug auf Streitgegenstand in Kosten vorbehaltene Liquidationsprozeß ein wahrhafter neuer Prozeß ist, und weil in diesem die Kosten des vorigen Prozesses einen wahrhaften Theil des Streitgegenstands ausmachen; es wird also Alles davon abhängen, ob eben dieses auch bei der einfachen Kostenliquidation der Fall sei? Diese Frage nun dürfte wohl zu verneinen seyn, ohnerachtet sie in dem mehrangeführten Aufsatze Annal. III, S. 9 mit nicht unbedeutenden Gründen bejaht wurde.

Die Worte Liquidation und abgekürztes Verfahren, welche in dem §. 175 der Prozeßordnung vorkommen, sprechen, so scheint es, für die dort entwickelte Ansicht, daß der Gesetzgeber hier die Absicht gehabt habe, ein abgesondertes Rechtsverfahren nach den Vorschriften des summarischen Prozesses mit besonderer Rücksicht auf die in §. 673, Nr. 6

Digitized by Google

gegebene Bestimmung als Regel einzuführen, und daß nur ausnahmsweise dem Richter gestattet seyn sollte, ohne dieses Verfahren sofort auf den Antrag des Kostenliquidanten zu entscheiden.

Allein bei näherer Betrachtung ist schon der Wortlaut des §., noch mehr aber die Natur des Liquidationsgegenstandes, von welchem der §. handelt, gegen diese Annahme: denn der §. sagt keineswegs, daß schlechthin abgekürztes Verfahren bei Kostenliquidationen statt habe, er verweist nicht hinsichtlich der Normen dieses Verfahrens auf den 31. Titel der Prozeßordnung, sondern er bestimmt sofort selbst dieses Verfahren auf eine von allen Normen des summarischen Prozesses unterschiedene der Natur der Sache entsprechende Weise, indem er sagt, daß der Richter auf ein bloßes von der fordernden Partei aufgestelltes Verzeichniß, ohne Vernehmung des Gegentheils oder auch auf Vernehmung derselben, den Kostenbetrag festsetze. Es ist nicht ganz so unbedeutend, wie es auf den ersten Anblick scheint, daß das Gesetz von den beiden Alternativen des Verfahrens die der vorgängigen Vernehmung des Gegentheils zuletzt aufführt; es scheint dem Gesetzgeber die durch die Praxis hinlänglich begründete Ansicht vorgeschwebt zu haben, daß wegen der besondern Natur des Liquidationsgegenstandes die Entscheidung in den weiteren meisten Fällen schon gleich auf das Forderungsverzeichniß ertheilt werden könne, und daß demnach diese Art des Verfahrens die Regel bilden werde. Bemerkenswerth ist auch, daß der §. die Entscheidung über die Kostenliquidation nicht Erkenntniß oder Bescheid, sondern im Text blos Festsetzung und in der Ueberschrift Dekretur nennt, was wohl nicht die geeignete Sprache gewesen wäre, wenn man dieses Liquidationsverfahren als einen selbstständigen durch ein förmliches Urtheil zu erledigenden Prozeß angesehen hätte.

Wenn nun aber der §. 673 Nr. 6 in Verbindung mit §. 674 bestimmt, daß in allen Liquidationsverhandlungen, welche nach entschiedener Hauptsache zur Richtigstellung des Betrags der urtheilsmäßigen Hauptforderung, oder der Nebenforderungen von Zinsen Entschädigungen und Kosten das abgekürzte Verfahren dieses §. statt habe, daß in demselben mit verkürzter Frist und Beweisanticipation, im übrigen aber wie im ordentlichen Prozeß in Exception. replic. ꝛc. zu verhandeln, und nach der Verhandlung förmliches Urtheil zu geben sei, so würde man den Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch setzen, wen mann annähme, daß er hier auch den Fall im Auge gehabt habe, wo eine Partei in Folge eines rechtskräftigen Erkenntnisses nichts als die Kosten liquidirt, während doch für diesen Fall im § 175 eine besondere abweichende Bestimmung gegeben ist. Aller Widerspruch verschwindet dagegen, wenn man die Bestimmung des §. 673 Nr. 6 nur von dem Fall versteht, wo eine Partei nicht blos die Kosten, sondern außerdem noch andere Haupt- und Nebenforderungen liquidirt. Dieser Auslegung steht allermindestens der Wortlaut des Gesetzes nicht im Wege, und ganz nahe liegen die aus der Natur der Sache fließenden Gründe, warum der Gesetzgeber für die bloße Kostenbestimmung, welche fast ausnahmslos regelmäßig, ohne alle Verhandlung durch bloßes richterliches Ermessen geschehen kann, ein höchst summarisches Verfahren und Erledigung mittels einfachen Dekrets anordnete, dagegen für dieselbe Liquidation ein förmliches Verfahren und Entscheidung mittels Urtheils festsetzte, wenn, mit ihr die Liquidation anderer nicht in gleichem Maße einfacher, nicht immer durch die Akten belegter, häufig noch eines geordneten Rechtsverfahrens bedürfender Forderungen verbunden ist.

Trefurt.

Anmerkung der Redaktion.

Daß die richterliche Dekretur der Deservitorien der Anwälte, wovon z. B. im §. 1107 der P. O. die Rede ist, und eben so die richterliche Bestimmung wegen des einstweiligen Vorschusses der Kosten nach §. 172, 471 ꝛc. unter die Vorschrift des §. 1244 Nr. 6 fällt, dabei also das Rechtsmittel der Beschwerdeführung Statt hat, kann wohl keinem Zweifel unterliegen.

Eben so klar ist, daß über die Frage, ob eine Partei der Andern die Prozeßkostrn ganz oder zu welchem Antheile überhaupt zu ersetzen habe, kein Gegenstand der Beschwerdeführung, sondern nur Gegenstand der Appellation oder Oberappellation seyn könne, und zwar, mit Vorbehalt des im §. 1175 Nr. 4 angeführten Ausnahmsfalles, nur in Verbindung mit der Appellation oder Oberappellation in der Hauptsache.

Zweifelhaft ist dagegen die andere Frage, ob gegen ein Erkenntniß darüber: welche Kosten nach §. 169 als nothwendige zu betrachten, von der in die Kosten verurtheilten Partei also dem Gegner wirklich zu ersetzen seien? — mit andern Worten: gegen ein Erkenntniß über die Kostenliquidation das Rechtsmittel der Beschwerdeführung Statt finde?

Das Hofgericht in Mannheim bejaht diese Frage, und erledigt die Beschwerden gegen amtliche Kostenliquidationserkenntnisse in den Formen der §§. 1214 u. ff., also ohne Rücksicht auf die Beschwerdesumme und ohne Beschränkung auf eine Anmeldungs- und Ausführungsfrist.

Das Hofgericht in Rastatt verneint dagegen die gedachte Frage, und läßt gegen Erkenntnisse über die Liquidation des Kostenersatzes nur das Rechtsmittel der Appellation zu, fordert also das Daseyn der nach §. 1173 und 1174 zu berechnenden Appellationssumme und die Einhaltung der Appellationsnothfristen.

Bei einer, erst nachdem die obigen Aufsätze schon verfaßt waren, stattgehabten Plenarberathung des Oberhofgerichts

Digitized by Google

entschied sich nun die Mehrheit des Oberhofgerichts für die Ansicht des Hofgerichts in Rastatt, und zwar im wesentlichen aus folgenden Gründen:

der im §. 1244 Nr. 6 gebrauchte Ausdruck „richterliche Kostenbestimmungen" läßt es zweifelhaft, ob darunter auch Erkenntnisse über die Liquidation des Kostenersatzes begriffen seien, der Sinn jenes Ausdrucks muß daher in dieser Beziehung aus andern Bestimmungen des Gesetzes erläutert werden.

Hierbei kommt nun namentlich

1) der übrige Inhalt des §. 1244 zu Hülfe, indem daraus hervorgeht, daß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung im Allgemeinen nicht gegen Erkenntnisse, durch welche der Streitgegenstand selbst zu- oder aberkannt wird, gegeben ist.

Alle übrigen im §. 1244 aufgeführten Fälle der Beschwerdeführung Nr. 1 — 5 beziehen sich nämlich nur auf Handlungen des Richters, durch welche derselbe eine Partei verletzt, ohne über das Rechtsverhältniß derselben zur Gegenpartei zu erkennen. Auch wenn im Falle Nr. 5 eine Geldstrafe nach §. 981 zu Gunsten der Gegenpartei erkannt wird, so ist immerhin diese Geldstrafe nicht selbst Streitgegenstand, sondern nur Vollstreckungsmittel.

Auch die weitern Fälle, in welchen nach Nr. 7 die Beschwerdeführung sonst noch statt hat, namentlich die Fälle der §§. 79, 242, 391, 962, 963 beziehen sich nicht auf Erkenntnisse über den Streitgegenstand selbst, sondern nur auf selbstständige Verfügungen des Richters, oder doch nur auf Erkenntnisse über Streitpunkte, welche blos das Verfahren betreffen, nicht aber über den Hauptstreit selbst.

Darnach kann man bei der Zweideutigkeit des im §. 1244 Nr. 6 enthaltenen Ausdrucks nicht annehmen, daß nur in Bezug auf die Prozeßkosten im Widerspruch mit allen andern Fällen der Beschwerdeführung dieses Rechtsmittel auch gegen diejenigen Erkenntnisse zulässig sei, welche über die Liquidationsklage selbst erkennen.

Bei einer solchen Liquidationsklage ist nämlich das Quantum der zu ersetzenden Kosten der Hauptstreitgegenstand, ganz eben so, wie wenn aus einem andern Titel eine Entschädigung gefordert wird und nur das Maß des Schadens bestritten, die Entschädigungspflicht an sich aber anerkannt oder durch früheres Erkenntniß bereits festgestellt ist.

2) Ein weiterer Grund dafür, daß sich das Rechtsmittel der Beschwerdeführung im Allgemeinen nicht auf Erkenntnisse beziehe, durch welche der Streitgegenstand selbst zu- oder aberkannt wird, liegt auch im §. 1250 der P. O., wornach gegen die Verwerfung einer Beschwerde kein weiterer Rechtzug Statt findet.

Dieser §. 1250 setzt nämlich voraus, daß dem Gegner des Beschwerdeführers durch die Erledigung der Beschwerde nichts abgesprochen werden könne, der Gegenstand der Beschwerdeführung also nicht der Streitgegenstand selbst seyn könne; sonst hätte auch für den Fall, da der Oberrichter die Beschwerde gegründet findet und nun den Gegner des Beschwerdeführers verletzt, bestimmt werden müssen, ob nun dem Gegner wieder eine weitere Beschwerdeführung bei dem Richter 3. Instanz zustehe.

Wollte das Gesetz dies verneinen, so hätte der §. 1250 dahin lauten müssen:

gegen die Erledigung einer Beschwerde (also von beiden Seiten und nicht blos gegen die Verwerfung der Beschwerden von Seiten des Beschwerdeführers) findet kein weiterer Rechtszug Statt.

Wollte aber das Gesetz dem durch Erledigung des Rechtsmittels der Beschwerdeführung verletzten Gegner ein weiteres Rechtsmittel gestatten, so hätte es eine Oberbeschwerdeführung (wie eine Obereappellation) einführen und sie dem Gegner des Beschwerdeführers für den Fall, daß der Letztere mit diesem erstmaligen Rechtsmittel obsiegt, einräumen müssen.

Aber eben darin, daß weder das Eine noch das Andere geschah, liegt der Beweis, daß das Gesetz von der Voraussetzung ausgeht, das Rechtsmittel der Beschwerdeführung beziehe sich gar nicht auf Erkenntnisse über den Streitgegenstand selbst, so daß der Gegner des Beschwerdeführers dadurch, daß dem Antrag des Letztern willfahrt wird, noch in keinen, wenigstens in keinen definitiven, Nachtheil versetzt werde, in Bezug auf ihn also die Frage gar nicht vorkommen könne, ob ihm gegen jene Willfahrung nun auch wieder ein weiteres Rechtsmittel zu Statten kommen müsse.

3) Dazu kommt nun noch, daß der §. 673 Nr. 6 die Liquidationsverhandlungen über die Kosten, gleich jenen über sonstige Entschädigungen, insofern über die Ersatzpflicht im Allgemeinen durch das frühere Erkenntniß schon entschieden ist, und es sich nur noch um Ermittlung des Quantums handelt, zum abgekürzten Verfahren verweist, welches der §. 175 in Bezug auf die Kostenersatzliquidationen noch näher bezeichnet.

Bei Erkenntnissen über andere Schadensliquidationen des §. 673 Nr. 6 hat nun aber noch niemand die Statthaftigkeit einer Beschwerdeführung behauptet, sie kann also auch bei den auf den gleichen Fuß gestellten Kostenersatzliquidationen nicht angenommen werden, sondern es kann hier nach §. 1172 nur das Rechtsmittel der Appellation Statt finden, wenn der zuerkannte oder aberkannte Betrag die Appellationssumme erreicht, wogegen bei dem Mangel dieser Summe hier eben so wenig ein Rechtsmittel Statt hat, als wenn in andern Fällen der Streitgegenstand, der einen solchen Werth nicht erreicht, ab- oder zuerkannt wird.

D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 15. Karlsruhe den 13. April 1839.

I.

Kompetenzkonflikt

über ein aus Anordnungen von Staatsstellen sich ableitendes Rechtsverhältniß.

F. R. M. war früher Obereinnehmer in M., in welcher Eigenschaft ihm durch Beschluß der Direktion des Wasser- und Straßenbaues gegen ½ kr. vom Gulden Ausgabe die Verrechnung über einen öffentlichen Bau übertragen wurde. Diese Verrechnung bestand einige Jahre, wurde im Jahre 1835 vom Ministerium des Innern aufgehoben, und dabei dem seitherigen Verrechner eine Rückforderung von 275 fl. 14 kr. gemacht, weil die ihm verwilligt gewesene Gebühr von ½ kr. per Gulden Ausgabe gegen den sonstigen Tarif der Wasser- und Straßenbaukassen zu hoch gewesen, und ihm von der Direktion des Wasser- und Straßenbaues zu viel bewilligt worden seie. M. weigerte sich der Herauszahlung, und da er unterdessen zum F. R. befördert wurde, so ward ihm bei Ausfolgung seiner als Obereinnehmer gestellten Kaution der Betrag von 275 fl. 14 kr. alsbald abgezogen. Dagegen erhob F. R. M. Klage auf vollständige Ausfolgung seiner Kaution, und nachdem gegen die erkannte Ladung ein Kompetenzkonflikt erhoben worden war, begründete das die Ladung erkannt habende Hofgericht seine Kompetenz auf folgende Sätze:

Das Rechtsverhältniß, aus welchem nun geklagt wird, ist nämlich offenbar ein rein privatrechtliches, mag man dabei das Vertragsverhältniß unterstellen, welches zwischen dem Kläger als Obereinnehmer und dem Staat, wie zwischen jedem andern Verwalter oder Gewalthaber und seinem Geschäftsführer besteht, oder zunächst dasjenige, welches sich aus der vom Kläger in Bezug auf jenes Verhältniß gestellten Dienstsicherheit ergiebt, in die L. R. S. 2081 flgd. 2102 Nr. 5 als dem Privatrecht angehörig erklären.

Mag daher die Wasser- und Straßenbaudirektion im Jahre 1832 befugt gewesen seyn, oder nicht, dem Kläger das vorausgehabte Honorar auszuwerfen, dies kann vor der Hand für den Richter gleichgültig seyn; von ihm ist nur zu beantworten, ob der Staat, der diese Legitimation nicht anerkennt, sich deßwegen den zu viel vorausgabten Betrag ohne weiters durch Abzug an der für eine ganz andere Verwaltung eingelegte Dienstkaution ersetzen lassen kann, und diese Frage ist, wie gezeigt, eine rein privatrechtliche.

Von dem Staatsministerium ward aber ausgesprochen, daß sich der erhobene Rechtsstreit nicht zur gerichtlichen Kognition eigne, und daher die erlassene Ladung als inkompetent erlassen aufzuheben seie.

Dieses geschah aus nachstehenden Gründen:

Die Klage, wie sie hier gegen den Fiskus erhoben ist, läßt sich auf die einfache Argumentation zurückführen:

„Die Direktion des Wasser- und Straßenbaues war unzweifelhaft befugt, eine eigene Hafenbaukasse zu errichten und dem Verwalter derselben eine Verrechnungsgebühr von ½ kr. per Gulden Ausgabe zuzusichern; da nun der Staat für das, was eine Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Befugniß zusichert, haften muß, so ist die Staatskasse verbunden, die rechtswidrig entzogenen 275 fl. 14 kr. zurückzuerstatten."

Augenscheinlich beruht diese Argumentation auf der Unterstellung,

1. daß zwischen der Wasser- und Straßenbaudirektion und dem Kläger ein privatrechtliches Kontraktsverhältniß bestanden habe;

2. daß die Frage, ob die Wasser- und Straßenbaudirektion in Errichtung einer eigenen Hafenbaukasse, und in Zusicherung der fraglichen Verrechnungsgebühr innerhalb der Grenzen ihrer Befugniß gehandelt habe, oder nicht, von den Gerichten zu beurtheilen sei.

Beide Unterstellungen sind aber unrichtig, denn

zu 1. die Dienste, welche Kläger der Wasser- und Straßenbaudirektion verrichtete, hat er nicht als Privatmann, sondern als Staatsdiener geleistet, ein den Staat privatrechtlich bindender Vertrag kann insofern im Verhältniß von Staatsstellen zu Staasdienern nicht vorkommen. Die

Digitized by Google

Dienste, welche die Letztern dem Staate leisten, bleiben stets Ausflüsse ihres allgemeinen Dienstauftrags und Bezüge, die sich daran knüpfen, gehören wie dieser selbst, ausschließlich vor das Forum der Administration. Nur wenn dabei Bezüge als Besoldungstheile, das heißt als bleibende und regelmäßige Vergeltung erscheinen, hat die bisherige Uebung dem Staatsdiener ausnahmsweise den Rechtsweg gesichert (hört, hört); insofern sie aber blos in temporären Verwilligungen bestehen,*) ist es ebensowenig in der Gesetzgebung begründet, als wegen des von administrativen Rücksichten geleiteten Ermessens in Beziehung auf Art und Maß mit der Ordnung des Staatsdienstes vereinbar,**) den Gerichten eine Entscheidungsgewalt einzuräumen.

Ist ferner das Verhältniß, aus welchem F. R. M. Klage erhoben, durchaus ein Verhältniß des öffentlichen Rechts, so ergibt sich von selbst, daß auch

zu 2. die Entscheidung der Frage, ob die Wasser- und Straßenbaudirektion zur Errichtigung einer eigenen Hafenbaukasse und Zusicherung der fraglichen Verrechnungsgebühr befugt oder nicht befugt war, niemals den Gerichten, sondern als eine den organischen Gewaltsumfang einer Staatsstelle betreffende Frage, nur der der Wasser- und Straßenbaudirektion vorgesetzten Behörde, nämlich dem Ministerium des Innern und in letzter Instanz dem Großherzoglichen Staatsministerium zustehen kann.

Schlägt endlich — den bisherigen zufolge — die Erledigung des vorwürfigen Gegenstandes zur Kompetenz der Verwaltung ein, so war dieselbe, wenn sie entschied, daß F. R. M. 275 fl. 14 kr. zu viel bezogen habe, auch berechtigt, diesen Betrag an seiner Dienstkaution einzuhalten, und kann davon, daß die Verwaltung, um denselben zur Herausgabe des zu viel Bezogenen zu vermögen, den gerichtlichen Weg zu betreten gehabt hätte, wegen des Endzwecks und der Natur einer in barem Geld geleisteten Kaution überall keine Rede seyn. E.

Anmerkung der Redaktion. Dieser Schlußsatz enthält einen gewaltigen Sprung.

Aus dem Vorausgegangenen würde nämlich, die Richtigkeit desselben vorausgesetzt, nur folgen, daß die Verwaltungsbehörden zu entscheiden hätten, wenn der Kläger die fragliche Gebühr von der Staatskasse fordern würde.

Um Geltendmachung dieses Anspruchs handelt es sich aber nach dem im Eingang Gesagten hier nicht. Es ist diese Forderung des Klägers schon bezahlt, und es handelt sich vielmehr, um den Rückersatz des Bezahlten. Ja zunächst ist nicht einmal diese Rückersatzforderung in Sprache, sondern der Gegenstand der Klage, nach dem sich der Kompetenzpunkt allein richtet, ist die nach abgegebenem Dienste geforderte Rückzahlung der Kaution, also an und für sich ohne allen Zweifel ein privatrechtlicher.

Wäre nun auch die fiskalische Gebührenrückersatzforderung, welche dieser Kautionsrückzahlungsklage als Kompensationseinrede entgegen gehalten wird, eine dem öffentlichen Recht angehörige, so würde dadurch die Kompetenz des Civilrichters zum Erkenntnisse über die privatrechtliche Kautionsrückzahlungsklage nicht aufgehoben? Aber auch die Gebührenrückersatzforderung, auf welche die Einrede der Kompensation gebaut wird, ist selbst an und für sich eine privatrechtliche, wenn gleich die Frage, ob M. die gedachten Gebühren mit Recht zu fordern hatte, zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden gehören sollte. Daraus, daß ein Anspruch auf dem öffentlichen Rechte beruht, folgt nicht, daß, wenn er durch Zahlung getilgt ist, nun auch eine etwa auf die Grundlosigkeit jenes Anspruchs gebaute Rückersatzforderung im Administrativwege verfolgt werden könne.

Zur Rückforderung einer ungebührlich geleisteten Zahlung liegt (auch wenn die Zahlung vorher wegen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs erfolgte) kein Titel des öffentlichen Rechts vor. Sie kann nur unter den Voraussetzungen der L. R. S. 1235 und 1376 geltend gemacht werden, und darnach hängt sie nicht allein von der zur administrativen Entscheidung gehörigen Frage über das indebitum (über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der ursprünglichen

---

*) Diese Unterscheidung ist wohl eine sehr willkührliche, indem sie weder auf einem Gesetze, noch auf der Natur der Sache beruht. Nach der letztern könnte man eher einen Unterschied machen zwischen Bezügen, die nur auf allgemeinen Verordnungen beruhen, und solchen, die dem Diener für ein übernommenes Geschäft speziell zugesichert sind. Bei den Erstern liegt kein Vertragsverhältniß, sondern nur ein einseitiger Akt der Staatsgewalt als solcher vor, welcher Akt durch die nämliche Staatsgewalt, die sich dabei durch keinen Titel des Privatrechts gegen irgend Jemand verbindlich gemacht hat, beliebig wieder abgeändert werden kann.

Hat aber der Staat einem Diener durch besondere Vereinbarung für ein ihm übertragendes Geschäft eine bestimmte Belohnung speziell zugesagt, so liegt das nämliche Vertragsverhältniß vor, wie dasjenige, welches in Bezug auf die fixe Besoldung durch das landesfürstliche Patent begründet wird, und der Umstand, daß der übertragene Dienst selbst ein Gegenstand des öffentlichen Rechts ist, kann in Bezug auf die privatrechtliche Gegenleistungen, zu welchen sich der Staat vertragsmäßig verpflichtet hat, die civilrichterliche Kompetenz nicht aufheben. D. R.

**) Darüber, welche Belohnung für solche temporäre Geschäfte zu verwilligen sey, kann allerdings nur ein administratives Ermessen eintreten, aber darüber, wie viel die Administrativbehörde im Namen des Staats vertragsmäßig wirklich bewilliget habe, kann nur der Civilrichter entscheiden. D. R.

Digitized by Google

Gebührenforderung), sondern zugleich von dem Beweise der wirklich geleisteten Zahlung und (je nachdem man die bekannte Streitfrage über die Erfordernisse der condictio indebiti beantwortet) noch von der weitern Frage ab, ob die ungebührliche Zahlung nur aus einem Rechtsirrthum oder wegen eines Irrthums in Thatsachen geleistet worden sey.

Diese letztern beiden Voraussetzungen des Rückforderungsrechts hat jedenfalls der Civilrichter nach eigenem Ermessen zu beurtheilen, wenn er gleich in Bezug auf die erste Frage, ob ein indebitum vorhanden sey, ob nämlich die (durch Zahlung getilgte) Gebührenforderung gegründet oder ungegründet gewesen, den Ausspruch der kompetenten Administrativbehörde gleich einem rechtskräftigen Urtheile als maßgebend anzunehmen hat.

Der Umstand, daß die Verwaltungsbehörde über die Gebührenforderung zu entscheiden hat, kann also da, wo die Gebühren bezahlt sind und es sich um eine Rückforderung derselben handelt, dem Civilrichter die Kompetenz über dirse Rückforderungsklage keineswegs entziehen, und noch weniger hätte diese Rückersatzforderung bewirken sollen, daß selbst die rein privatrechtliche Kautionsheimzahlungsklage der richterlichen Kompetenz entzogen wurde. D. R.

II.

Etwas über die Geldstrafen nach Reichsthalern.

Nicht selten kommt es vor, daß bei den auf Ehrenkränkungsklagen ergehenden Geldstrafen und bei Geldstrafen der Anwälte wegen Versäumnissen der Betrag derselben in Reichsthalern ausgedrückt wird. Dieses sollte nicht geschehen, denn mit Untergang des heiligen römischen Reichs ist auch die Reichswährung untergegangrn. Der §. 38 des Strafedikts rechnet die Geldstrafen wenigstens in ihrer Verwandlung nach Gulden, und wenn auch noch das Organisationsedikt vom Jahre 1809 bei der Strafgewalt der Kreisdirektorien im dienstpolizeilichen Weg (Beilage Litt. D I. §. 14) von Reichsthalern spricht, so ist durch die Münzkonvention vom 25. August 1837 (Regierungsblatt 1837 Nr. XLIII Art. III. IV.) die Guldenrechnung als der einzig statthafte Geldfuß des Großherzogthums erklärt worden. Es kann daher mit Grund auf Geldstrafen nach Reichsthalern als einem abgeschaffenen Geldfuß gar nicht mehr erkannt werden. Sander

III.

Ueber den Ansatz der Altersdispensationstaxe Behufs der Verehlichung.

Es wird wohl bei den mristen Aemtern der Fall seyn, daß eine sogenannte Dispensationstaxe angesetzt wird, wenn der Bräutigam zwar das 20. noch nicht aber das 25. und die Braut zwar das 15. noch nicht aber das 18. Lebensjahr erreicht hat und Heirathserlaubniß erhält. Allein dieser Ansatz beruht weder auf einem Gesetz, noch auf sonst einer Verordnung, sondern auf einem auf unrichtigen Voraussetzungen beruhenden Herkommen.

Den Grundsatz zugegeben, daß nur da eine Nachsichtstaxe in Ansatz gebracht wrrden darf, wo sie auf einem Gesetz beruht, so findet man, daß nach der Eheordnung vom Jahr 1807 eine Mannsperson nicht vor dem 25. und eine Weibsperson nicht vor dem 18. Lebensjahre heirathen konnte, und daß sie, wenn sie demungeachtet heirathen wollten, Altersnachsicht auswirken mußten, wofür nach der ebenfalls im Jahr 1807 erschienenen Tax- und Sportelordnung die Seite 25 und 26 aufgeführten Taxen in Ansatz gebracht werden mußten.

Das Landrecht setzte aber später im Satz 144 die Ehemündigkeit — statt auf das 25. und 18. — auf das 18. und 15. Lebensjahr, und erklärte damit, daß eine Altersnachsicht von diesen Jahren an nicht mehr nothwendig sei, wohl aber, wenn sich eine Mannsperson vor dem 18. und eine Weibsperson vor dem 15. Lebensjahr, also vor der Ehemündigkeit verehlichen will, wo dann der Regent loszusprechen, d. h. zu dispensiren hat.

Mit dieser abändernden Gesetzesbestimmung fällt denn auch natürlich die Anwendbarkeit der Taxordnung vom Jahr 1807 in diesem Punkt weg; denn eine Altersdispensationstaxe ist rechtlich da unmöglich, wo keine Eheunmündigkeit vorhanden und folglich auch eine Altersdispensation nicht möglich ist.

Der Umstand, daß der L. R. S. 144 a zur Verehlichung vor dem 25. und 18. Jahr noch eine besondere polizeiliche Erlaubniß verlangt, ändert an Obigem nichts, denn die Ehemündigkeit, die der Satz 144 ausspricht, ist hierdurch nicht aufgehoben, so wrnig als der Begriff von Altersdispensation oder Altersnachsicht abgeändert ist; und da die Ertheilung einer polizeilichrn Erlaubniß zur Verehlichung keine Loszählung von einem Heurathsverbot ist (vid. Brauer zu S. 144) so hat der Staat vom 18. und 25. Lebensjahr nicht mehr zu dispensiren, folglich auch keine Dispensationstaxe anzusetzen.

Alle Altersdispensationstaxen Behufs der Verehlichung, die für 18jährige Mannspersonen oder 15jährige Frauenspersonen seit der Wirksamkeit des neuen Landrechts von Mittelstellen oder Aemtern angrsetzt worden sind und angesetzt werden, bleiben — der Kompetenzbestimmung im Regierungsblatt von 1809 S. 453 und von 1822 S. 12 Nr. 4 ungeachtet — als ungesetzlich und widerrechtlich angesetzt und beziehungsweise sind sie es so lange, bis ein Gesetz oder eine

Digitized by Google

Gesetzesauslegung die nach S. 144 a einzuholende polizeiliche Erlaubniß für identisch mit „Altersdispensation“ erkläret, was schwerlich geschehen wird, da jene auf mehr Punkte Bezug hat, als auf bloßes Nachzählen der Altersjahre; oder bis gesetzlich ausgesprochen wird, daß jene zu ertheilende polizeiliche Erlaubniß ebenfalls mit einer gewissen Taxe belegt werden soll, was ebenfalls unbillig wäre, weil die Taxe eigentlich nur in dem Fall sich rechtfertigen läßt, wo eine Ausnahme von der Regel gemacht; also das Einholen der polizeilichen Erlaubniß umgangen werden soll; denn die Taxe ist eine Gebühr für ertheilte Vergünstigung (vid Taxordnung Seite 4) — als welche die Nothwendigkeit des Einholens polizeilicher Erlaubniß gerade nicht zu betrachten seyn dürfte. K.

IV.

Zu Aufsatz I in Nr. 28 der Annalen von 1838.

Ueber den Beweis zum ewigen Gedächtniß durch Augenschein und Sachverständige.

Richtig ist es, daß die Prozeßordnung dies im 23. Titel dieser Beweiserhebung ausdrücklich hätte gedenken sollen. Unzulässig dürfte sie aber deßwegen nicht seyn.

Wenn eine Partei bescheinigen kann, daß ihr die Verfolgung eines Rechts entweder sehr erschwert, oder ganz unmöglich gemacht worden wäre, sofern nicht schon vor Anstellung einer Klage ein Beweis durch Augenschein oder Sachverständige erhoben würde, so wird sie diese Erhebung auf den Grund des §. 709 der Prozeßordnung zu verlangen befugt seyn.

Da die Prozeßordnung im Fall drohender Gefahr eine einstweilige Verfügung über den Streitgegenstand selbst gestattet, so wird sie wohl auch die vorläufige Erhebung eines Beweises zur Erreichung desselben gestatten.

Berücksichtigt man hiebei noch die Forderungen der materiellen Gerechtigkeit, und daß einem Rechte des Gegners nicht zu nahe getreten wird, so muß wohl jedes Bedenken gegen diese Anwendung des §. 709 schwinden. St.

V.

Zum Aufsatz II ibid.

Steiglehner und v. Stetten.

Der Hr. Einsender greift die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe mit der Behauptung an, daß die Stellung einer Dienstcaution durch Uebergabe eines baaren Capitals ein Depositum sei. Erwägt man aber, daß nach L. R. S. 1915 das Wesen der Hinterlegung in einer Uebergabe „zur Bewahrung und Rückgabe im Stück“ besteht, während die Uebergabe einer Caution „die Sicherheit des Dienstherrn für die Erfüllung der vom Mandatar übernommenen Verbindlichkeiten“ bezweckt, und die Aufbewahrung Nebensache ist, so wird man darin wohl eher die Natur eines Faustpfands, als die eines Depositums erkennen, wenn überhaupt ein besonderer Vertrag daraus gemacht werden soll. St.

VI.

Ueber den §. 699 der Prozeßordnung.

Ist die Verhandlung der Hauptsache, d. h. der Ansprüche, die durch den Arrest gesichert werden sollen, bei dem nämlichen Gericht von dem Arrestkläger gleichzeitig anhängig gemacht worden, so scheint es allerdings zweckmäßig, daß darüber ein besonderes Urtheil gefällt werde. Dagegen wäre es wohl rathsam mit Rücksicht darauf, daß nach §. 677 in der Regel bei dem für die Hauptsache zuständigen Richter auch das Arrestgesuch anzubringen ist, den §. 36 ganz und in dem darauf verweisenden §. 699 die Worte:

„oder hat der Arrestbeklagte den vollständigen Beweis jener Ansprüche begehrt oder überhaupt auf eine vollständige Verhandlung der Hauptsache sich eingelassen (§. 36),“ —

zu streichen, sodann im §. 679 durch Hinweglassung des §. 36 eine Aenderung zu treffen, weil durch den Uebergang des Prozesses vom abgekürzten zum ordentlichen Verfahren wegen der für jedes besonders geltenden Regeln nothwendig Verwirrung entstehen muß, wodurch zugleich dasjenige wieder vereitelt wird, was die §§. 693 und 94 weislich verordnen. Ist aber einmal Verwirrung und Verzögerung in den Prozeß gebracht, so kann es nichts mehr helfen, wenn am Ende zwei besondere Urtheile gefällt werden.

Der §. 699 enthält überdies eine Abweichung von den Vorschriften der §§. 370 und 71 und erscheint als unvereinbar mit den §§. 247 und 376,

1) weil nicht ein Urtheil über alle Streitpunkte und gehäufte Klagen entscheiden, und

2) weil der Richter über etwas erkennen soll, was nicht verlangt ist. Denn hat auch der Arrestbeklagte den vollständigen Beweis der gegentheiligen Ansprüche begehrt, oder sich auf eine vollständige Verhandlung der Hauptsache eingelassen, so fehlt doch immer das von dem Arrestkläger in der Hauptsache zu stellende Petitum, nach welchem sich der Richter zu bemessen hätte. Daher müßte gegen das Erkenntniß über die Hauptsache, wozu kein Petitum vorlag, nach §. 1175 Nr. 5 der Prozeßordnung sogar die Cassation zugelassen werden. Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 16. | Karlsruhe den 20. April 1839.

I.
Oberhofgericht.

Auslegung der L. R. S. 1184, 1654, 1655 und 1656.

I. Zur Anstellung der Auflösungsklage ist vorherige Mahnung des Schuldners nicht nöthig.

(N. N. gegen N. N.)

II. Die Entschädigungspflicht des Schuldners ist in quali et quanto stets dieselbe, es mag auf Erfüllung oder auf Auflösung geklagt werden.

(Ladenburg gegen Piontkowski.)

Entschädigungsforderung von 27,020 fl. betr.

ad I. Gegen den Käufer einer Liegenschaft wurde vom Verkäufer auf Vertragsauflösung geklagt, weil jener den Kaufpreis zur bedungenen Zeit nicht bezahlt hatte. Der Beklagte wendete unter anderem ein, daß jeder Schuldner, insbesondere aber der Käufer einer Liegenschaft in Verzug gesetzt seyn müsse, ehe die Auflösung begehrt werden könne. Da dies nicht geschehen, so finde die Klage noch zur Zeit nicht Statt.

Daß eine Mahnung nothwendig sei, behauptet Zachariä, französisches Civilrecht §. 302.

Das Oberhofgericht hat das Gegentheil ausgesprochen, und zwar aus folgenden Gründen:

Der L. R. S. 1139 stellt keineswegs als allgemeine Regel auf, daß die Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Zusage so lange keine rechtliche Folgen habe, als bis der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt sei, sondern es enthält dieses Gesetz nur Bestimmungen darüber, auf welche Weise der Schuldner in Verzug gesetzt wird. In welchen einzelnen Fällen hingegen diese Setzung des Schuldners in den Verzug nöthig sei, um in Beziehung auf ihn eine gewisse rechtliche Folge hervorzubringen, darüber geben besondere Gesetze Maß und Ziel, und namentlich ist solche im L. R. S. 1146 als Regel für die Entschädigungspflicht des Schuldners festgesetzt. Dagegen bestehet kein Gesetz, welches im Allgemeinen die Klage auf Auflösung eines Vertrags von der vorausgegangenen Mahnung des Schuldners abhängig machte, vielmehr betrachtet der L. R. S. 1184 die Nichterfüllung des Vertrags als eine stillschweigende auflösende Bedingung, welche sich von einer ausdrücklichen auflösenden Vertragsbedingung nur darin unterscheidet, daß mit deren Eintritt der Vertrag nicht von selbst zerfällt und wirkungslos wird, sondern daß auf Auflösung des Vertrags geklagt werden muß. Nur alsdann, wenn der Gläubiger von dem ihm im L. R. S. 1184 vorbehaltenen Recht, mit der Auflösungsklage zugleich eine Entschädigungsklage zu verbinden, Gebrauch machte, würde sich mit Grund behaupten lassen, daß für diese letztere Klage die vorausgegangene Mahnung des Schuldners nöthig sei, was sich aber auf die Auflösungsklage selbst nicht ausdehnen läßt. Diese von der vorausgegangenen Setzung des Schuldners in den Verzug abhängig zu machen, kann um so weniger in der Absicht der Gesetzgebung gelegen seyn, als durch die daraus entstehende Zögerung der Verkäufer nicht selten sehr benachtheiligt werden könnte; weßhalb denn auch nach L. R. S. 1657 ein Kauf über Fahrnißstücke im Falle der Nichtempfangnahme derselben von Seiten des Käufers schon kraft Gesetzes zum Vortheil des Verkäufers für aufgelöst gilt. Was dagegen Liegenschaftsverkäufe betrifft, so kann nach L. R. S. 1656 zwar der Richter, selbst in dem Falle des Gedings, daß die Nichtzahlung des Kaufpreises zur Verfallzeit den Kauf kraft Gesetzes auflösen soll, dem Käufer noch eine Frist zur Zahlung gestatten, aber er muß es nicht gerade thun, sondern es hängt, wie schon oben bemerkt, diese Fristbewilligung von den Umständen des einzelnen Falles ab, und er darf selbst bei unterbliebener Setzung in den Verzug eine solche weitere Zahlungsfrist nicht bewilligen, sobald der Fall des L. R. S. 1655 vorhanden ist, und der Verkäufer Gefahr läuft, Waare und Preis zu verlieren.

In Folge der Vorschrift des L. R. S. 1656 läßt sich überhaupt nur so viel mit Grund behaupten, daß der Käufer, so lange er nicht in Verzug gesetzt ist, auch nach erhobener Auflösungsklage gültiger Weise noch zahlen resp. die Zahlung hinterlegen, und dadurch ein die Aufhebung des Liegenschaftsverkaufs aussprechendes Urtheil abwenden könne,

Digitized by Google

so wie, daß bei sonst dazu geeigneten Umständen der Richter zur Zahlungsleistung noch eine Frist zu bewilligen befugt sei; keineswegs ergiebt sich aber aus der erwähnten gesetzlichen Bestimmung die Folge, daß die Auflösungsklage selbst durch die Satzung in den Verzug bedingt sei, so daß sie gar nicht erhoben werden könne, so lang Letzteres nicht geschehen ist.

ad II. Unrichtige Ansichten von der Entschädigungspflicht des Schuldners im Falle der Auflösung eines zweiseitigen Vertrags veranlassen sehr häufig ganz unpassende und verwerfliche Klaganträge. Insbesondere wird derjenige Schaden, der Folge der Auflösung des Vertrages ist, gar oft mit demjenigen verwechselt, der durch die *mora* des Schuldners entsteht. Dieß geschah namentlich in dem oben erwähnten Prozesse, und es hat derselbe zu einer genauen Erörterung der Entschädigungspflicht des Schuldners Anlaß gegeben.

Der Kläger erhob folgende Klage:

1) der Beklagte habe ihm eine Quantität spanischer Staatspapiere um einen bestimmten Preis abgekauft, die Annahme und Bezahlung dieser Papiere aber verweigert;

2) die Papiere seien sofort auf Antrag des Klägers öffentlich versteigert, und aus denselben 27,020 fl. weniger erlöst worden, als der Kaufpreis betrage, den der Beklagte zu zahlen versprochen habe;

3) Kläger verlange nun auf den Grund des L. R. S. 1184 Aufhebung des Verkaufs und als Entschädigung den Ersatz der Differenz zwischen dem durch die Versteigerung erzielten Erlös und zwischen demjenigen Preis, den der Beklagte zu zahlen schuldig gewesen sei.

In der Einlassung auf die Klage wurde behauptet, daß diese Entschädigungsforderung in Rechten nicht begründet sei, und zwar

1) schon deßwegen, weil der Minderwerth der spanischen Papiere keine unmittelbare und natürliche Folge der mora des Käufers, sondern ein Zufall sei, den der Eigenthümer der Papiere zu tragen habe.

In Folge der Auflösung des Vertrags müsse aber nach L. R. S. 1183 der Kläger so angesehen werden als sei er von jeher Eigenthümer gewesen und geblieben. Es stand ihm frei, auf Erfüllung zu klagen, und in diesem Falle hätte der Beklagte die entwertheten Papiere behalten und den Kaufpreis bezahlen, also den Schaden tragen müssen, da aber Kläger auf diese Erfüllung verzichtet und statt derselben die von dem Bekagten sogleich acceptirte Auflösung des Vertrags begehrt habe, so müsse er es seiner eigenen Wahl zuschreiben, wenn durch die Auflösung ihm ein Nachtheil zugehe, den er bei der Erfüllung nicht erlitten hätte.

2) Der L. R. S. 1184 enthalte keine besondere Bestimmungen über quale und quantum der Entschädigung, er behalte vielmehr dem Gläubiger nur dasjenige Recht auf Schadensersatz bevor, welches er durch die mora des Schuldners bereits erworben habe, und welches sonst vermöge seiner accessorischen Natur nach der Strenge des Rechts mit Auflösung der Hauptverbindlichkeit von selbst hinwegfallen würde.

Die Entschädigung sei daher nach den allgemeinen Grundsätzen des L. R. S. 1146 ff. zu bemessen, und wenn deßhalb

a) sowohl bei der Auflösung als Erfüllung dieselben Rechtsgrundsätze für Bemessung der Entschädigung zur Anwendung kommen, wenn ferner

b) die Handlungsweise des Schuldners, also das Faktum, welches die Entschädigung begründet, immer nur in dem Verzuge des Schuldners bestehe, also identisch sei, es möge die eine oder andere Klage gewählt werden, so seien stets dieselben Prämissen vorhanden und aus gleichen Prämissen folge nothwendig der nämliche Schlußsatz, also der Schluß: daß auch stets nur dieselbe Entschädigung verlangt werden könne. Ihr Anfangsziel sei die Mahnung, und das Endziel der Moment der Tilgung der Hauptverbindlichkeit durch Erfüllung oder Auflösung. Nun habe aber die Verbindlichkeit des Käufers in Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes bestanden, also käme der L. R. S. 1153 in der Art zur Anwendung, daß der Kläger als Entschädigung nur die Zinsen aus dem Kaufpreis fordern könne, welche von dem Beginn der mora bis zur Auflösung des Vertrags verfallen seien.

Diese in einer Denkschrift näher entwickelten Sätze wurden von dem Oberhofgericht nach folgenden Entscheidungsgründen als richtig anerkannt.

Zue rechtlichen Begründung der Entschädigungsforderung und besonders der Art ihrer Constatirung mittelst öffentlichen Verkaufs der Papiere beruft sich Kläger auf den L. R. S. 1657, welchem er den Grund unterlegt, daß der Verkäufer da, wo die Schuld der Nichterfüllung eines Kaufs nur am Käufer liegt, nicht gezwungen seyn sollte, das Kaufobjekt und den Kaufpreis zugleich zu entbehren, während der säumige Käufer durch seine Säumigkeit den Vortheil gewinnen würde, bei einem günstigen Wechsel des Preises die Erfüllung eines Vertrags zu wählen, die er früher verweigert hatte.

Wenn nun gleich, wie Troplong in seinem Werk über den Kauf, gegen Pardessus genügend ausführt, der Art. 1657 schon nach französischem Rechte, noch mehr aber nach der Fassung des Art. in unserm Landrechte „Fahrnisse aller Art" (effects mobiliairs) auch auf Handelssachen anwendbar ist, so folgt doch aus dem Wortlaut dieses Artikels so wenig als aus der ratio desselben, daß der Verkäufer, wenn er von seiner Befugniß den Kauf als aufgelöst anzusehen

Digitized by Google

Gebrauch macht und die Waare anderwärts verkauft, die Differenz des Erlöses vom bedungenen Kaufpreise als Entschädigung fordern könne.

Der Zweck des Gesetzes ist sicher kein anderer als den Verkäufer von Fahrnissen in die Lage zu setzen, so wie der Käufer nicht Wort hält, unaufgehalten anderweit über die Waare verfügen zu können, ohne vorher, wie bei andern Verträgen, eine Auflösungsklage erheben zu müssen; eben aber weil das Gesetz nur zum Vortheil des Verkäufers die Kaufsauflösung ausspricht, so ist er nicht genöthigt solche zu bewirken, sondern er kann, wie Zachariä §. 356 mit Troplong und Andern annimmt, sich auch für die Vertragserfüllung entscheiden, und solche zufolge Art. 1184 verlangen.

Wäre nun die Kaufsauflösung eine für den Verkäufer unvermeidliche Folge der Nichterfüllung des Käufers, so würde allerdings aus dem Art. 1657 die Entschädigungsforderung des Klägers begründet erscheinen, denn dann würde der anderweite Verkauf und Mindererlös eine nothwendige und unmittelbare Folge des Verzugs des Beklagten seyn (L. R. S. 1151), allein da die Auflösung des Vertrags für den Kläger keine Nothwendigkeit war, so erscheint auch der Mindererlös aus den Papieren nicht als unmittelbare Folge des Verzugs auf Seite des Käufers, — sondern als Ursache des Mindererlöses stellt sich dar: einerseits die Werthverringerung des Vertragsgegenstandes, und andererseits die durch die Willensbestimmung des Klägers bewirkte Auflösung des Vertrags, welcher ihm den höhern Preis sicherte.

Möchte der Beklagte noch so lange in Verzug der Annahme und Zahlung seyn, so konnte den Kläger der berechnete Schaden nicht treffen, wenn entweder die Papiere nicht im Werthe sanken, oder Kläger nicht in die Auflösung des Vertrags, d. h. in die Befreiung des Beklagten von der Verbindlichkeit den Kaufschilling zu zahlen, oder was hier dasselbe ist, die Gefahr des Vertraggegenstandes zu tragen willigte.

Insofern als hiernach der Schaden Folge der eigenen Handlung des Klägers ist, kann er an Niemanden dessen Ersatz fordern; in so fern aber als er Folge der Entwerthung des Vertragsgegenstandes ist, kann solcher wieder ihn nur treffen, weil zufolge L. R. S. 1183 rechtlich anzunehmen ist, als habe der Vertrag, welcher die Gefahr dieser Werthverminderung für eine bestimmte Zeit auf den Beklagten gelegt hatte, nie existirt, und sei der Kläger immer Eigenthümer mit uneingeschränkter Verfügungsgewalt über den Gegenstand gewesen.

Der Kläger entbehrt den vollen vom Beklagten versprochenen Kaufschilling keineswegs darum, weil dieser sich in mora accipiendi befand, sondern darum, weil beim Eintritt dieser mora Kläger die Zurücknahme der Waare einem Aktivauestande bei dem Beklagten, vom Betrag des bedungenen Preises, vorzog, und dem zufolge sich für Auflösung des Vertrags entschied.

Der Zweck der vorliegenden Entschädigungsklage ist offenbar kein anderer als der, den Preis für seine Staatspapiere zu gewinnen (oder nicht zu entbehren), welchen der Beklagte ihm versprochen, aber in Zeiten nicht bezahlt hat; diesen Preis kann er aber nur durch die Erfüllungklage gewinnen. denn nur, in sofern der Vertrag gehandhabt wird, ist der Beklagte solchen zu zahlen schuldig. Denselben unter der Form einer Entschädigung zu fordern, ist der Kläger schon um deßwillen nicht befugt, weil überhaupt die Hauptverbindlichkeit eines Käufers zufolge L. R. S. 1650 nur in Zahlung des Kaufpreises besteht, bei Verbindlichkeiten aber, welche auf die Zahlung einer Geldsumme beschränkt sind, zufolge S. 1153 die Entschädigung wegen Verzugs nie in etwas Anderem als den gesetzlichen Zinsen des Kapitals besteht, wie weit sich auch immer die dieser entgegenstehenden Entschädigungspflicht des Verkäufers ausdehnen mag.

Vergl. Tullier VI. Nr. 264 flgde.

Die gesetzliche Bestimmung aber, daß die Entschädigungsverbindlichkeit eines Käufers wegen Verzugs in Zahlung des Kaufschillings nur die Pflicht zur Zinszahlung in sich fasse, so unbillig sie auch scheinen mag, wenn man damit die unbedingte Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatz jedes aus seinem Lieferungsverzuge unmittelbar hervorgehenden Schadens vergleicht, stellt sich jedoch im höchsten Grade als gerechtfertigt dar, wenn man bedenkt, daß ja der Verzug des Käufers in Zahlung des Kaufpreises für sich allein, d. h. unmittelbar, keine andere Folge haben kann, als daß der Verkäufer den Genuß der schuldigen Kapitalsumme entbehrt; da nun aber der Werth dieses Genusses im Gesetze ein für allemal durch Regulirung des Zinsfußes bestimmt ist, so wäre es auf der einen Seite ungerecht gegen den Käufer, wenn das Gesetz denselben wegen seiner Säumigkeit noch zu etwas mehr als zu diesem gesetzlichen Aequivalent anhalten wollte; auf der andern Seite aber kann sich der Verkäufer nicht darüber beschweren, daß ihm das Gesetz nur diese Entschädigungsforderung, und nicht noch weiter das Recht gibt, neben Auflösung des Vertrags das ganze Kaufpreiskapital oder den Theil desselben, welchen er nicht von einem neuen Käufer erhalten kann, als Entschädigung an den alten Käufer zu fordern.

Zu einer solchen Beschwerde hätte er nur dann Grund, wenn bei Verzug des Käufers ihm die Vertragsauflösung vom Gesetze aufgedrungen wäre, da dies aber, wie oben ausgeführt wurde, nicht ist, so hängt es im vorliegenden Falle lediglich von der Willkühr des Verkäufers ab, ob er neben der gesetzlichen Entschädigung für den entbehrten Genuß des Kaufschillings diesen selbst mittelst der Erfüllungs-

Digitized by Google

klage vom Käufer beziehen, oder ob er statt desselben mittelst Vertragsauflösung den Verkaufsgegenstand zurücknehmen will. Was er bei dieser Wahl gewinnt oder verliert, fällt ebenso wenig auf Rechnung des Gesetzes als auf die seines Schuldners, sondern ist alle in die unmittelbare Folge seines freien Entschlusses. Stabel.

II.

Franziska Buchmüller gegen Mittenmeier Erben.

Anton Schwarz von Bruchsal und seine Ehefrau Elisabetha errichteten unterm 5. August 1801 ein gemeinschaftliches Testament des wesentlichen Inhaltes ..... und setzen daher in Kraft dieses

4. „auf den Fall unseres beiderseitigen Absterbens obgedachten unsern Sohn Anton Schwarz und unsre erste Ehetochter Maria Anna Mittenmeier Wittwe als Erben zu gleichen Theilen unseres gesammten Vermögens ..... jedoch unsere Tochter Maria Anna in der Maase ein, daß

5. „das Eigenthum des ihr nach unserm Tode anfälligen Erbtheils keineswegs auf sie selbst, sondern lediglich und allein auf ihre sowohl Fornkellersche als Mittenmeiersche Kinder übergehen soll. ꝛc."

8. „Nach dereinst auch erfolgendem Ableben unserer Tochter Maria Anna soll die angeordnete Vermögensadministration aufhören und sothanes Vermögen an ihre hinterlassende Kinder oder Kindeskinder nach gemeinen Rechten und hiesiger Stadt löblichem Gebrauch vertheilt werden.

Sofern aber

9. „ein oder das andere ihrer Kinder ledigen Standes oder kinderlos vor ihrer Mutter versterben würde, so soll dessen Erbrate lediglich den übrigen noch lebenden Geschwistern und Geschwisterkindern nach gemeiner Theilungsordnung anwachsen. ꝛc."

11. „Unserm Sohne Anton vermachen wir ..... einen Voraus von . . . . . 1500 fl.

Nach dem Inhalte des Testamentes hatten die Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung einen gemeinschaftlichen Sohn Anton Schwarz, und aus der 1ten Ehe der Frau eine Tochter, Maria Anna Baist. Diese Tochter war zuerst an Kaspar Fornkeller verheirathet, mit welchem sie drei Kinder geboren hatte, Elisabetha, Anna und Joseph Fornkeller; aus der 2ten Ehe mit Philipp Mittenmeier war eine Tochter vorhanden, Namens Apollonia.

Im Jahre 1801 starb die Schwarzische Ehefrau, und im Jahre 1810 folgte ihr Anton Schwarz im Tode nach; sie wurden beerbt von dem Sohne Anton und der Tochter Maria Anna. Im Jahre 1814 starb der letztere Sohn Joseph Fornkeller, und hinterließ aus seiner Ehe mit Franziska Buchmüller einen Sohn Jakob. Diese verehelichte sich hierauf mit Franz Haßlocher, mit welchem sie zwei Söhne Maximilian und Johann Baptist geboren hat. Im Jahre 1818 starb der Sohn 1ster Ehe Jakob Fornkeller und endlich im Jahre 1834 Maria Anna, geb. Baist.

Nun traten Franziska, geborne Buchmüller und ihre beiden Söhne als Erbvertreter ihres Sohnes und beziehungsweise Halbbruders Jakob Fornkeller auf und verlangten als Erbrate den 4ten Theil des Vermögens der Maria Anna, geborne Baist.

Diesem Verlangen widersetzten sich die beiden Fornkellerschen Töchter ebenso, wie die Tochter Apollonia Mittenmeier. Die Theilungsbehörde schied das Vermögen in vier Theile, stellte für den 4ten Theil (des Jakob Fornkeller) einen Kurater auf und verwies die Interessenten an den Richter.

Franziska Buchmüller und ihre beiden Söhne trugen hierauf bei dem Gerichte klagend vor:

Das Testament der Schwarz'schen Eheleute setze in §. 5 die Kinder der Maria Anna Baist als Erben ein für das Eigenthum des Erbtheils ihrer Mutter, der Hälfte des Schwarzischen Vermögens. Dieses Eigenthum sei beim Tode des Anton Schwarz zum 4ten Theile auf Joseph Fornkeller gefallen, von diesem auf seinen Sohn Jakob veerbt und durch diesen auf seine Mutter und seine Halbbrüder verfällt worden. Der 8te Theil des Anton Schwarz'schen Vermögens sei dem 4ten Theile des Vermögens der Maria Anna Baist, welcher unter Kuratel stehe, so ziemlich gleich, überhaupt sei die so gefertigte Verweisung anerkannt.

Das Gesuch geht dahin, die Beklagten zu verurtheilen, den Klägern den 8ten Theil von der Anton Schwarzischen Verlassenschaft zuzugestehen, beziehungsweise denselben die unter Kuratel gestellte Erbportion mit 1586 fl. 26 kr. nebst Zins vom Tage des geschlossenen Erbtheilungsgeschäftes auszufolgen.

Die Beklagten entgegneten:

Läge keine den gesetzlichen Erbgang abändernde testamentarische Disposition in der Mitte, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Klägerin und ihre beiden Kinder 2ter Ehe als gesetzliche Erben des Kindes aus der Fornkellerschen Ehe berechtigt wären, das fragliche Erbtheil in Anspruch zu nehmen.

Allein der §. 8 jenes Testamentes verordne, daß nach dem Tode der Maria Anna, geborne Baist ihr Vermögen an ihre hinterlassende Kinder oder Kindskinder vertheilt werden solle. Maria Anna Baist habe aber nur drei Kinder, die Beklagten, hinterlassen, der Sohn Joseph und der Enkel Jakob Fornkeller seien vor ihr mit Tod abgegangen.

Jedenfalls sei die Absicht der Erblasser, wie §. 9 des Testaments zeige, dahin gegangen, daß das fragliche Erbtheil

Digitized by Google

den Kindern der Maria Anna Mittenmaier zufalle, jeder Dritte aber davon ausgeschlossen sei.

Uebrigens sei das Objekt der Klage nicht 1/8 des Anton Schwarzischen Vermögens, sondern 1/4 dessen, was nach dem Tode der Maria Anna Baist in Gemäßheit jenes Testamentes auf deren Kinder überzugehen hatte. Ob dieser Betrag auf 1586 fl. 26 kr. sich belaufe, sei den Beklagten nicht bekannt.

Die Kläger bestrtten die Auslegung der Beklagten und das Oberamt Bruchsal erließ sodann am 12. März 1836 ein Endurtheil des Inhalts:

Die Beklagten seien schuldig, den Klägern den 8ten Theil des Anton Schwarz'schen Verlassenschaftsvermögens in noch zu liquidirendem Betrage nebst Zinsen vom Tage der erhobenen Klage zu bezahlen.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Beklagten das Rechtsmittel dee Appellation und das Hofgericht in Rastatt erkannte unterm 26. Juli 1836 abändernd:

daß die Kläger mit der angestellten Klage abzuweisen seien.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin verlangt auf den Grund des Testaments der Anton Schwarz'schen Eheleute zu Bruchsal einen ihe von ihrem Sohn Joseph zugefallenen Erbtheil an dem Vermögen des Testirers, welchen die Beklagten an sich genommen hätten, und begründet ihre Klage darauf. Nach §. 5 dieses Testaments wäre das Eigenthum der Hälfte des Vermögens der Testirer auf die Fornkellerschen sowohl als Mittenmaierschen Kindee der Maria Anna Mittenmaier Wittwe übergegangen, der Maria Anna Mittenmaier seie nue der Genuß zugestanden. Nun seie abee der Sohn dee Maria Anna Mittenmaier, Joseph Fornkeller, erst im Jahr 1814 nach dem Tod der Testirer und sein mit der Klägerin erzeugter Sohn Joseph erst im Jahr 1818 gestorben, auf beide seien schon nach Ableben der Testirer das ihnen aus dem Testament gehörige Vermögen angefallen gewesen, und Klägerin habe daher als nächste Erbin ihres Sohnes, dessen Verlassenschaft mit ihren andern Kindern als Halbgeschwistern des Joseph Fornkeller zu theilen.

Allein aus dem ganzen Inhalt des Testaments geht hervor, daß die Testirer beabsichtigten, den auf ihre Tochtee Anna Maria Mittenmaier fallenden Erbtheil deeen Kindern und Kindeskindern, ihren Enkeln und Urenkeln zu erhalten, und zu vermachen, so daß schon aus dieser allgemeinen Absicht des Testaments nicht anzunehmen ist, daß die Testirer ihee Enkel und Urenkel in der Art zu Erben ihres Vermögens eingesetzt hätten, daß von ihnen aus dem Vermögen des Testirers an ganz fremde Familienglieder vererbt werden sollte, wie es nach dem klägerschen Suchen geschehen würde. Es ist dieses aber auch aus den einzelnen Dispositionen des Testaments ersichtlich. Wenn auch in §. 5 das Eigenthum des auf die Maria Anna Mittenmaier fallenden Erbtheils ganz allgemein ihren Fornkellerschen, und Mittenmaierschen Kindern vermacht wird, so wird denn doch erst im §. 8 und 9 die Beetheilung der Erbschaft unter diesen Kindern selbst bestimmt, und aus ihnen ist daher die Art und Weise der Erbeinsetzung der Kindee der Maria Anna Mittenmaier zu entnehmen. Nun soll aber nach §. 8 das betreffende Erbvermögen erst nach dem Tod der Maria Anna Mittenmaier an ihre hinterlassende Kindee, oder Kindeskinder vertheilt werden, und wenn also ein Kind, oder Kindeskind den Tod der Maria Anna Mittenmaier der Mutter, oder Grosmutter nicht erlebt hat, so ist es kein hinteelassenes Kind, oder Kindeskind, und kann sonach nicht zufolge der die wahre Erbeinsetzung enthaltenden Vorschrift des zu §. 8 zu Erbe gehen. Es wird diese Auslegung des §. 8 ferner durch den §. 9 vollkommen bestätigt, denn darin wird gerade für den Fall des Vorabsterbens einzelnee Kinder der Maria Anna Mittenmaier vor dieser gesorgt, und deren Vermögenstheil aus dem Testamente nicht ihrer eigenen Disposition, oder selbstständigern Erbgang überlassen, sondern es soll unter ihnen ein unbeschränktes Anwachsungsrecht Statt finden, damit das Vermögen der Testiree auch sicher auf dem eingesetzten Stamm der Maria Anna Mittenmaiee bleibe. Es ist zwar richtig, daß dorten nur von dem Fall gesprochen wird, wenn eines der Kinder der Maria Anna Mittenmaier ledigen Standes, oder kinderlos stirbt, und daß dieser Fall bei den Klägern in so fern nicht eingetreten ist, als der Sohn der Maria Anna Mittenmaier, Joseph, wieder einen Sohn Joseph erzeugte. Allein nach dem neuen Recht, so wie nach dem alten Recht werden unter Kindern eines Testirers überhaupt seine Abkömmlinge verstanden, und sonach ist das in §. 9 angeführte Anwachsungsrecht um so mehr auch auf die Kindeskinder der Testiree, also auch auf den Enkel Joseph Fornkellee auszudehnen, als ja in §. 9 das Anwachsungsrecht ganz allgemein auch füe die Geschwisterkinder ohne alle Beschränkung eingeführt wird, die hier erwähnten Geschwisterkinder unter sich aber gegenübee den Testirern, deren in §. 8 schon erwähnten Kindeskindeen sind. Hiernach war also zufolge des §. 8 das aus dem Testament des Anton Schwaez geschöpfte Erbrecht der Kinder und Kindeskinder der Maria Anna Mittenmaier an die Bedingung des Ueberlebens der Kinder, oder Kindeskinder gegenübee die Maria Anna Mittenmaiee gebunden, der Sohn, beziehungsweise Halbbruder der Kläger Joseph Fornkeller hat diese Bedingung seines Erbrechts nicht erlebt, und sonach ist sein Erbrecht nicht aus dem Testament begründet, sondern ist den übrigen Geschwistern, und Geschwisterkindern seines Vaters zufolge des §. 9 des Testaments angewachsen.

Uebrigens würden die Halbgeschwister des Sohns der

Digitized by Google

Klägerin in keinem Fall jetzt schon ein Erbrecht an denselben geltend machen können, denn da ein jedes Erbrecht darauf begründet seyn muß, daß man zur Zeit des Todes des Erblassers zum wenigsten empfangen gewesen seyn muß, die Halbgeschwister des im Jahr 1818 aber verstorbenen Sohnes Joseph erster Ehe nicht so geradehin als schon damals geboren anzunehmen sind, so müßte noch vorerst von ihnen ihre Geburt erhoben werden, was aber bei der sonst bestehenden Unbegründetheit ihrer Klage zu unterlassen ist.

Hiegegen ergriffen die Kläger die Oberappellation, worauf das oberstrichterliche Urtheil ergieng:

Es sei das hofgerichtliche Urtheil vom 26. Juli v. J. dahin abzuändern:

die Beklagten seien schuldig, den vierten Theil desjenigen Antheiles an dem Anton Schwarzischen Vermögen, welcher nach dem §. 5 und 7 ihres letzten Willens an die Tochter erster Ehe, Maria Anna, geborne Baist, nutznießlich, an deren Kinder aber eigenthümlich übergegangen ist, nebst dem von dirsem Viertheil seit dem Tode der Maria Anna geborne Baist sich allenfalls ergeben habenden Ertrag in noch zu liquidirendem Betrage an die Kläger zu verabfolgen.

An den Kosten aller Instanzen haben die Kläger ein Viertheil, die Beklagten aber drei Viertheile zu tragen.

Entscheidungsgründe.

Durch den §. 5 des letzten Willens der Anton Schwarzischen Eheleute zu Bruchsal vom 5. August 1801, worin verordnet wird:

daß das Eigenthum des ihrer Tochter erster Ehe, der Maria Anna Mittenmaier Wb. nach ihrer Eltern Tod anfallenden Erbtheils keineswegs auf sie selbst, sondern lediglich und allein auf ihre sowohl Fornkellersche als Mittenmaiersche Kinder übergehen solle —

sind diese Kinder mit bestimmten Worten zu Erben des Antheils ihrer Mutter an dem Vermögen der Anton Schwarzischen Eheleute jedoch nach §. 7 mit dem Vorbehalte eingesetzt worden, daß ihrer Mutter die lebenslängliche Nutznießung davon verbleiben solle.

Der Erbanfall selbst ist mit dem im Jahr 1810 erfolgten Tod des Anton Schwarz wirklich eingetreten.

Erwägt man nun

a) daß zu denen zu befragtem Erbe berufenen vier Kindern auch Joseph Fornkeller gehörte, mit welchem die Klägerin Franziska Buchmüller in erster Ehe gelebt, und mit ihm einen Sohn Jakob Fornkeller erzeugt hat,

b) daß Joseph Fornkeller bereits im Jahr 1814, sein Sohn Jakob aber im Jahr 1818 ebenfalls mit Tod abgegangen ist,

c) daß die Klägerin nach ihres Mannes Tod eine zweite Ehe mit Franz Haßlocher eingegangen und in dieser Ehe zwei Kinder geboren hat, daß endlich

d) die beiden Kinder zweiter Ehe, wie pag. 6 der Einredeschrift selbst anerkannt wurde, zur Zeit des Todes ihres Halbbruders Jakob Fornkeller schon am Leben gewesen sind, —

so folgt daraus, daß, als mit dem im Jahre 1834 erfolgten Tod der Maria Anna, geborne Baist deren Nutznießung an dem Anton Schwarzischen Vermögensantheil aufhörte, nunmehr die Franziska Buchmüller und deren Kinder als gesetzliche Erben des Jakob Forpkeller, die durch das Anton Schwarz'sche Testament zuerst dem Joseph Fornkeller eigenthümlich angefallen und nach dessen Tode auf seinen Sohn Jakob übergegangene Vermögensrate gemäß L. R. S. 701 in Anspruch zu nehmen rechtlich befugt sind.

Diesem Anspruch will zwar von Seiten der Beklagten der §. 8 des Anton Schwarzischen letzten Willens entgegen gehalten werden, worin es heißt:

nach dereinst auch erfolgendem Ableben unserer Tochter Maria Anna soll die angeordnete Vermögensadministration aufhören, und sotanes Vermögen an ihre hinterlassende Kinder oder Kindeskinder nach gemeinen Rechten und hiesiger Stadt löblichem Gebrauch vertheilet werden,

sodann der §. 9, welcher besagt:

sofern aber eines oder das andere ihrer Kinder ledigen Standes oder kinderlos vor ihrer Mutter versterben würde, so soll dessen Erbrate lediglich den übrigen noch lebenden Geschwistern und Geschwisterkindern nach gemeiner Theilungsordnung zuwachsen.

Allein

a. in gedachtem §. 8 wird nicht erst festgesetzt, wer Erbe sen solle, was vielmehr schon in §. 5 des Testaments geschehen ist, sondern es sprechen darin nur die Anton Schwarzischen Eheleute rücksichtlich der Theilungsart ihren letzten Willen und zwar dahin aus, daß in Beziehung auf die Vertheilung zwischen den Kindern und Kindeskindern keine Abweichungen von den gewöhnlichen gesetzlichen Normen Statt finden, sondern daß solche nach den gewöhnlichen gesetzlichen Regeln geschehen solle.

Was dagegen

b. den Inhalt des §. 9 anbelangt, so ist einestheils der darin vorausgesetzte Fall, daß eines oder das andere der Kinder ledigen Standes oder kinderlos vor ihrer Muttee versterben würde, in Beziehung auf den Joseph Fornkeller nicht eingetreten, und es kann solcher nicht auf Kindeskinder, mithin auch nicht auf dessen Sohn Jakob Fornkeller ausgedehnt werden, anderntheils würde eine solche Ausdehnung auf die Kindeskinder, wäre solche auch wirklich in der Absicht der Anton Schwarzischen Eheleute gewesen, nach dem §. 11 Nr. 4 des 1. Einführungsedikts des Landrechts für unwirksam und nicht geschrieben zu achten seyn, da ihr die Vorschrift des

Digitized by Google

L. R. S. 1048 entgegenstände, wornach dergleichen elterliche Beschränkungen der Verfügungsgewalt ihrer Kinder über das ihnen rückzulassende Vermögen nur zum Vortheil ihrer Enkel zulässig sind, ohne daß aber für diese selbst, oder wohl gar für ihre Urenkel Verordnungen getroffen werden dürfen, wodurch der gesetzliche Gang der Erbfolge abgeändert werden würde.

Da hiernach den Klägern der §. 5 des Anton Schwarzischen Testaments einen gegründeten Anspruch auf die dem Joseph Fornkellr von seinen Großeltern eigenthümlich angefallene und nach dessen Tod auf dessen Sohn Jakob übergegangene Vermögensrate vrrleihet, ohne daß diesem Anspruch die §§. 8 und 9 des nämlichen Testaments mit Grund entgegen gehaltrn werden können, so stellt sich die von den Klägern gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 26. Juli v. J. erhobene Oberappellationsbeschwerde im Allgemeinen als gegründet dar.

Nichts desto weniger konnte aber der Bescheid des Oberamts Bruchsal nicht unbedingt wieder hergestellt, sondern nur, wie geschehen, erkannt werden, und zwar aus dem Grunde, weil die Anton Schwarz'schen Eheleute im §. 11 ihres letzten Willens ihrem Sohn Anton einen Voraus von 1500 fl. vermacht haben, welcher ihm auch bei der elterlichen Verlassenschaftsauseinandersetzung zugeschieden worden ist, weil demgemäß der auf die vier Kinder der Maria Anna, geborne Baist eigenthümlich übergegangene Antheil an dem Vermögen der Anton Schwarzschen Eheleute nicht vollständig die Hälfte, folgeweise die davon auf den Sohn Joseph Fornkeller übergegangenen Rate nicht ein vollständiger Achttheil des ganzen Anton Schwarzischen Vermögens, sondern weniger beträgt.

Ebenso können die Kläger nicht unbedingt die Verzinsung dieser Vermögensquart von den Beklagten begehren, sondern da nach dem eigenen Klagvortrag der Kläger pag. 11 der amtlichen Akten für die klägersche Erbportion ein eigener Curator interimistisch aufgestellt worden ist, so haben die Kläger lediglich nur die etwaigen Einkünfte, welche diese Vermögensrate seit dem Tode der Maria Anna geborne Baist abgeworfen haben sollte, anzusprechen. Mayer.

III.

Bemerkungen über sogenannte Liquiderkenntnisse zur Verhinderung von Prellereien unter dem Deckmantel richterlicher Urtheile.

Schnell nacheinander kamen bei den verschiedenen Senaten des hiesigen Gerichtshofs Rechtsfälle vor, welche, in ihrer thatsächlichen Grundlage ähnlich, nachwiesen, daß auf eine übereinstimmende Art ein Schuldner vor den Gerichten und gerade unter dem Schutz richterlicher Urtheile um so ungestrafter geprellt wird, als der Betrüger auf seine richterlichen Urtheile pochend, jeder nähern Untersuchung der Sache leicht entgeht. Diese Art von Prellereien geschieht nämlich hauptsächlich dadurch, daß der ein Anleben erst suchende Schuldner, oder der sich schon in den Klauen des betrügerischen Gläubigers befindliche Schuldner von dem Gläubiger überredet wird, daß er ihm kein Darlehen geben oder das schon gegebene nicht noch vergrößern könne, wenn ihm nicht zuvor der Schuldner ein Unterpfandsrecht verwilligr. Dieses geschehe am einfachsten, wenn sie beide, Gläubigrr und Schuldner vor Amt gingen, wenn dorten der Schuldner mündlich seine Schuld an den Gläubiger anerkrnne, welches Anerkenntniß alsdann der Gläubiger in das Unterpfandsbuch eintragen lassen und sodann dem Schuldner das Darlehen auszahlen werde. Dabei übernimmt der Gläubiger, um den leichtgläubigen Schuldner leichter zu prellen, gewöhnlich die Kosten dieses Verfahrens Je nachdem der Gläubiger verschmitzter ist, wird zumal dann, wenn schon vorher eine Schuld bestand, übrr ihren Betrag und über den neu dazukommenden eine Urkunde aufgrsetzt, welche alsdann mit einer andern verwechselt wird. Mit dieser verwechselten Urkunde gehen beide vor Gericht, der Schuldner, dem hier seine, der wahren ähnliche, Urkunde vorgelrgt wird, erkennt solche an, der Richter ertheilt hierauf ein Erkenntniß, dasselbe wird in das Unterpfandsbuch eingetragen, und wenn nun der geprellte Schuldner sein Geld will, so läugnrt ihm der Gläubiger alles ab, und mittelst seines richterlichen Erkenntnissrs über die Anerkennung der Schuld oder der Urkunde, welchem man, Gott weiß warum, den Namen eines Liquiderkenntnisses girbt, verfolgt nun der Gläubiger den Betrag seiner Forderung, von der er keinen Kreuzer gezahlt hat, gegen den Schuldner im kurzestrn Weg des Vollstreckungsverfahrens, und ist unter dem Schutz sriner öffentlichen Urkunde vor allen Einreden im Civilprozeß und vor allen Anfechtungen im Untersuchungsverfahren gesichert.

Dazu kommt, daß die vom Schuldner etwa angenommenen Anwältr die Sache auch nicht am rechten und einzig einen guten Erfolg versprechenden Platz an dem Verfahren vor dem Amt selbst angreifrn, sondern in heiliger Scheu vor dem sogenannten Liquiderkenntniß dassrlbe ganz unangefochten lassrn, und nun mittelst der so schwer durchzuführenden exceptio doli die Sache angreifen, was um so erfolgloser ist, als gegen den mit öffrntlichen Urkunden beweisenden Gläubiger doch eine Eideszuschiebung als ultimum refugium in den seltensten Fällen zulässig ist.

Inwieweit nun in dergleichen Fällen mit einer exceptio doli aufzukommen ist, will ich, und kann ich hier nicht untersuchen, weil dieses zu sehr von den Einzelnheiten des Falls abhängt. Dagrgen zeigte sich in allen diesen Fällen aus dem Verfahren der Unterrichter, aus dem Vorbringen der Anwälte, und selbst aus den Brrathungen des Gerichtshofs, daß man sich über das Wrsen des hier eingehaltenen Verfahrens und über die eigentliche Grundlage desselbrn keine deutliche Vorstellung macht, und daß man insbesondere mit dem Wort Liquiderkenntniß alles niederzuschlagen pflegt, was man als Mangel des Verfahrens rügte. Es wird daher nicht überflüssig seyn, wenn man diesen Begriff eines Liquiderkenntnisses näher untersucht, wenn man auf die hier vorkommenden Verschiedenheiten des Verfahrens aufmerksam macht, und damit zu verhindern sucht, daß sich die Unterrichter und namentlich nicht die dazu ausgrsucht werdenden Amtspraktikanten selbst zur Verdeckung solcher Prellereien mißbrauchen müssen lassen.

Digitized by Google

Unsere Prozeßordnung kennt eigentlich kein Liquiderkenntniß, und das nach §. 723 der Prozeßordnung auf einen nicht widersprochenen Zahlungsbefehl ergehende Erkenntniß ist nichts anderes als ein Versäumungserkenntniß, dessen Beurtheilung sich darnach richtet, ob seine eigene Förmlichkeiten und jene des vorausgegangenen bedingten Zahlungsbefehls nach §. 720, 721 eingehalten sind. Dieses Verfahren des bedingten Zahlungsbefehls mit seinem Versäumungserkenntniß des §. 723 wird aber hier nicht eingehalten, weil der Gläubiger dem Schuldner nicht traut, daß dieser dem auf Bezahlung gerichteten bedingten Zahlungsbefehl nicht widersprechen wird, und weil er immer mit ihm vor Amt erscheinend und ihn beaufsichtigend es nicht zu einem Versäumungserkenntniß kommen läßt.

In dem auf Erwirkung eines richterlichen Unterpfands gerichteten hier vorkommenden Verfahren ist aber zweierlei sehr zu unterschieden.

Das richterliche Unterpfand entsteht nämlich nach L. R. S. 2123 entweder durch Anerkennung der Unterschriften einer klagbaren Privaturkunde, oder durch ein richterliches Urtheil auf vorausgegangenen Rechtsstreit.

Wird nun der erste Weg der Anerkennung einer Privaturkunde gewählt, so gehen in solchen Fällen die richterlichen Verfügungen gewöhnlich über den eigentlichen Zweck des Verfahrens hinaus. Die vor Amt erscheinenden Parthien wollen gewöhnlich nichts anderes, als Anerkennung der in der Urkunde enthaltenen Forderung und Ertheilung eines richterlichen Unterpfands. Die Anerkennung der Forderung ist aber nicht das gleiche als wie die im Gesetz vorgeschriebene Anerkennung der Unterschriften der klagbaren Privaturkunde, und der Richter hat nicht das Unterpfandsrecht zu ertheilen, sondern sich nur auf die Anerkennung der Unterschrift zu beschränken, darüber ein Protokoll aufzunehmen, welches alsdann von der Parthie dem Pfandgericht zur Eintragung übergeben wird. Von allem dem geschieht gewöhnlich nichts, sondern das Verfahren ist folgendes. Beide Parthien kommen vor Amt. Der Gläubiger legt die Urkunde vor, der Schuldner bekennt die Richtigkeit der Forderung und dann spricht der Richter aus: wird damit die Forderung für liquid erkannt, und dem Beklagten aufgegeben, binnen 14 Tagen zu zahlen, — und dieses Erkenntniß läßt alsdann der Gläubiger eintragen.

Gerade ein solches Verfahren ist aber gewöhnlich in sich nichtig. Hier ist der Sache nach nicht die Anerkennung der Unterschriften einer klagbaren Urkunde erfolgt, sondern hier wurde eine Forderung eingeklagt, solche wurde zugestanden, und darauf Erkenntniß gegeben. Allein dieses Erkenntniß ist gewöhnlich nicht auf das Petitum der Zahlung der Schuld gegründet, sondern auf das Petitum der Erwirkung eines richterlichen Unterpfandsrechts, das Erkenntniß geht also über das Klagsuchen hinaus. Sodann werden von den Aemtern dabei keine Entschuldigungsgründe gegeben, so daß also der leichteste Weg des Angriffs eines solchen Verfahrens darin besteht, wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens und wegen unvollständiger Publikation des Urtheils die Appellation zu ergreifen, und dann in zweiter Instanz die Aufhebung des Erkenntnisses zu verlangen. Gerade weil derlei Erkenntnisse — als Liquiderkenntnisse — nicht unter den Vorschriften der Urtheilsverkündigung publicirt werden, läuft die Appellationsfrist nicht um, und so kann noch nach Jahr und Tag appellirt werden, wenn man die Sache am Platz des Verfahrens vor Amt, und nicht mit einer materiellen Umstoßungsklage wegen Betrugs angreift.

Ganz ähnliches ist auch bei dem Fall vorhanden, wo beide Theile vor Amt ohne Urkunden erscheinen. Hier sind schon Verhandlungen vorgekommen, wo der Schuldner zuerst das Wort ergriffen und zu Protokoll gegeben hat, er seie dem Gläubiger 200 fl. schuldig und wolle ihm dafür ein richterliches Unterpfand bestellen, worauf der Gläubiger erklärt, dieses seie richtig, und er nehme das Anerbieten an. Der Richter spach dann aus, wird die Forderung von 200 fl. für liquid erklärt, und Bekl. angehalten, binnen 14 Tagen zu bezahlen. Offenbar ist hier das ganze Verfahren nichtig und dasselbe aus formellen Gründen umzuwerfen. Anstatt dessen stellte aber der Schuldner eine Klage auf Erfüllung des Versprechens hinsichtlich der Zahlung der 200 fl. an, und wurde damit abgewiesen, weil man im Protokoll das Zugeständniß fand, daß die Schuld schon existire.

Ueberhaupt gehen hierin manchmal die Untergerichte mit einer Verletzung der ersten Vorschriften des Verfahrens zu Werk, die wirklich Erstaunen erregt. So kam neulich folgender Fall vor. Der A. war dem B. 200 und 204 fl. schuldig, und hatte diese Forderungen als richtig zugestanden. Später kam B. zu A. mit dem Ersuchen, ihm für beide Forderungen richterliches Unterpfand zu verschaffen. Er ließ sich dazu bewegen. Beide erscheinen vor Amt, und es erfolgt denn ein Liquiderkenntniß über eine Forderung von 404 fl. mit Frist von 14 Tagen zur Zahlung. Nach Umfluß dieser 14 Tage erschien der B. vor Amt, was er vorgetragen und gebeten hat, weiß man aber nicht, sondern nur soviel geht aus den Akten hervor, daß es heißt:

Auf Anrufen des Klägers
Beschluß
unbedingter Zahlungsbefehl.

Dieser unbedingte Zahlungsbefehl des §. 702 ward ausgefertigt, kam zur Vollstreckung, und A. wäre dadurch in die Lage versetzt worden, die eigentlichen wahren Schulden von 200 und 204 fl. so wie die weitere daraus erschlichene von 404 fl. zu zahlen, wenn ihn nicht der Unterrichter gegen die Vollstreckungsverfügungen restituirt, und wenn man nicht aus anderweiten Gründen wenigstens noch auf einen Eid des B. erkannt hätte, daß die Forderung von 404 fl. nicht die gleiche seie mit den andern Forderungen von 200 fl. und 204 fl. Uebrigens wurde hier die so auffallend formlose Ertheilung des unbedingten Befehls nicht einmal vom Anwalt des A. herausgehoben.

Es wäre bei den sich mehrenden ähnlichen Fällen gewiß wünschenswerth, daß man bei den Aemtern auf derlei Gesuche um richterliche Unterpfandsbestellungen aufmerksam würde, und daß man dabei durch richterliches Fragrecht die gewöhnlich höchst dunkel vorgetragenen Umstände so erhellte, daß es alsbald dem unrechtes suchenden Gläubiger unmöglich wird, seinen Zweck zu erreichen. Und wenn die Anwälte mehr darauf ihr Augenmerk richten, das Verfahren der Aemter bei derlei Vorkommenheiten zum Gegenstand ihrer Untersuchung zu machen, als mit Umstoßungsklagen ex capite doli zu kommen, so werden sie ihre Parthien leichter vor Schaden bewahren.

Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 27. April 1839.

Rechtsfall

über die Grenzen des Arrestprozesses und über Erbschaftserwerbung.

(Prozeßordnung §§. 675, 695, 966, 968. L. R. S. 1006, 1008, 1961.)

Die Wittwe M. zu H. war am 20. Juni 1838 gestorben; bei der sofort vorgenommenen Versiegelung fand der damit beauftragte Theilungskommissär ein mit mehreren Siegeln verschlossenes, mit einer Ueberschrift versehenes, eigenhändiges Testament, welches bei den Kapitalbriefen der Verstorbenen in einer Blechkiste aufbewahret war. Die Urkunde wurde alsbald von dem Amtsrevisorate an das Amt übergeben, von welchem das in Briefform zusammengelegte Testament eröffnet und zufolge gesetzlicher Vorschrift seiner Beschaffenheit nach beurkundet wurde. —

In dem Testament war ein Neffe der Erblasserin, ein Dr. R., welcher jetzt in Mecklenburg wohnt, als Erbnehmer zur ganzen Verlassenschaft berufen: einem andern Großneffen waren 1000 fl. als Vermächtniß ausgeworfen. Da die beiden im Testament gedachten Personen auch die einzigen bekannten gesetzlichen Erben der Verstorbenen waren, so wurde die Verlassenschaft zwei Monate nach dem Tode der Wittwe M. von der kompetenten Theilungsbehörde in Gegenwart des berufenen Erbnehmers, welcher sich auf erhaltene Nachricht an Ort und Stelle eingefunden hatte, verzeichnet und getheilt.

Der Erbnehmer trat die Erbschaft an, verkaufte sofort mehrere Fahrnisse und Forderungen und reißte nach beendigter Theilung wieder nach Hause, nachdem er am Schlusse der Theilung noch einen Bürger zu H., den Conditor Th. daselbst, ernannt hatte, um die noch ausstehenden Kapitalien und deren Zinsen nach und nach zu erheben.

Als der Erbnehmer Dr. R. kaum einige Wochen wieder zu Hause angelangt war, erhielt derselbe plötzlich eine Verfügung des Großherzoglich Badischen Amtes H., wodurch auf die Erbschaft der Wittwe M. Arrest erkannt, und demnächst zur Rechtfertigung des Arrestes, wie zur Verhandlung in der Hauptsache eine Tagfahrt anberaumt wurde.

Diese Verfügung war veranlaßt durch die Klage und das Arrestgesuch, welche von drei Nachkommen einer längst verstorbenen Halbschwester der Wittwe M. bei dem Amte eingereicht worden waren. In der Klage erklären die Kläger, daß sie das vorhandene eigenhändige Testament der Wittwe M. nicht anerkennen, daß deshalb die gesetzliche Erbfolge einteete und daß daher die Erbschaft, unter den Klägern und den Beklagten, als den übrigen gesetzlichen Erben zu vertheilen sei, wobei die Kläger übrigens nur ein Sechstheil der Verlassenschaft in Anspruch nehmen, weil sie natürlich auch im günstigsten Falle nach L. R. S. 752 mehr zu fordern nie berechtigt waren.

Zugleich auch mit dieser auf 1/6 der Verlassenschaft gerichteten Theilungsklage verbanden die Kläger den Antrag auf Beschlagnahme der ganzen Erbschaft der Wittwe M.

Von dem Amte wurde diesem Antrag zunächst durch eine Verfügung folgenden Inhaltes entsprochen: „1) Wird auf erhobene Arrestklage der Arrest auf die in den Händen des Conditor Th. befindlichen, zur Erbmasse der Wittwe M. gehörigen Kapitalbriefe erkannt.“ 2) „wird Conditor Th. angewiesen, die genannten Kapitalbriefe bei eigener Haftung bis auf Weiteres an Niemanden herauszugeben;“ — einige Zeit darnach wurde auf Anrufen des klägerischen Anwaltes noch eine nachträgliche, in der Klage jedoch schon erbetene Verfügung erlassen: „den in der Beilage zur Klage verzeichneten Schuldnern der M'schen Verlassenschaftsmasse aufzugeben, bei eigener Haftbarkeit ihre Schuld bis auf weitere Verfügung an Niemanden abzutragen.“ In der Arrestrechtfertigungstagfahrt wurde der Arrest auf die ganze Erbmasse für statthaft erklärt und deshalb dessen Fortdauer ausgesprochen.

Diese Arresterkenntnisse wurden auf dagegen ergriffene Appellation von dem Großherzoglichen Hofgerichte des Unterrheinkreises bestätigt, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen.

— Die aufgestellten Beschwerden sind nicht gegründet.

Digitized by Google

Was nämlich die Arrestanlage überhaupt betrifft, so ist Appellant, auch abgesehen von dem dafür zufolge Prozeßordnung §. 675 sprechenden materiellen Gründen, dadurch schon deshalb nicht beschwert, weil er in erster Instanz auf seine Einsprache gegen die Statthaftigkeit derselben verzichtet hat, und dieser Verzicht wenigstens die gleiche Wirkung haben muß, als ob Appellant mit seiner Einrede gemäß Prozeßordnung §. 689 ausgeschlossen worden wäre (Arg. Prozeßordnung §. 809), daher den letzteren in Form neuer thatsächlicher Behauptungen zufolge Prozeßordnung §. 1221 Abs. 6 in dieser Instanz kein Eingang verschafft werden kann.

Es handelt sich demnach nur noch um die vom Appellanten I. Instanz allein bestrittene Frage, ob der Arrest nicht auf den beiläufigen Antheil den Kläger an der Erbmasse, welcher in 1/6 der letztern besteht und auf den vermuthbaren Betrag der Prozeßkosten zu beschränken sei?

Die von den Arrestklägern erhobene Hauptklage, durch welche der Arrest veranlaßt wurde, ist auf Zulassung der Intestat-Erbfolge gegenüber den Beklagten, als Testamentserben gerichtet und demnach die ganze Erbmasse als Gegenstand des Streites zu betrachten. Da aber die letztere im Ganzen und in ihren einzelnen Bestandtheilen als gemeinschaftliches Eigenthum der Betheiligten erscheint (L. R. S. 815) und eine wichtige Folge dieses Miteigenthums darin besteht, daß die Betheiligten ihre Antheile im Stück verlangen und daher gegen die Fertigung der Loose oder deren Ziehung Einsprache erheben können (L. R. S. 826, 832, 835), so würde durch Ausfolgung des bei weitem größten Theiles der Erbmasse an einem der Betheiligten an sich schon der Streitgegenstand wesentlich geändert, (Prozeßordnung §. 257) wenn aber den letztern auch ihre Ansprüche auf das Stück vorbehalten blieben, dennoch die Geltendmachung derselben durch die Ausfolgung in's Ausland ohne Zweifel gefährdet werden. *)— Dazu kommt, daß die stattgehabte Erbtheilung ohne Mitwirkung der Kläger vorgenommen wurde, diesen gegenüber der Bestand der Erbmasse noch nicht hergestellt und daher, wenn auch die Quote ihres Anspruchs dennoch dem Betrag dieser Quote rechtlich nicht festgestellt ist, sowie daß außer den Klägern noch ein weiterer Erbe, nämlich der minderjährige Karl R. vorhanden ist, dem ungeachtet der Beschlagnahme das Recht zustände, für seinen Anspruch ebenfalls auf die noch im Inlande vorhandenen Vermögenstheile zu greifen.

Hiernach erscheint die beantragte Beschränkung des Arrestes als unzuläßig, und daher auch der von dem Conditor Th. angeblich ausgestellte Revers als unzurrichend. ꝛc. —

*) Ohne Zweifel könnte der Beklagte eine fürsorgliche Verloosung und Ausscheidung des von den Klägern ausgesprochenen 5/6 tels verlangen, so daß dann nur noch dieser 1/6 den Streitgegenstand ausmachen würde, und hinsichtlich der weitern 5/6 zu einem Arreste kein Grund mehr vorhanden wäre. D. R.

(Da Uebrige betrifft noch den Kosten sowie den nachträglich von Seite der Kläger berichtigten Legitimationspunkt).

Dem Einsender scheinen die Gründe dieses Urtheils mit den richtigen Grundsätzen über Arrestprozeß und über Erbschaftserwerb nicht vollkommen in Einklang zu stehen und erlaubt sich deßhalb, hier seine abweichende Ansicht näher auszuführen.

1) Die Arrestanlage an sich mag durch die vom Mißtrauen gegen Ausländer ausgehenden Bestimmungen des §. 676 Nr. 6 der P. O. allerdings insofern für zuläßig erkannt werden, als sonst den Klägern die Rechtsverfolgung gegen den im Auslande wohnenden Beklagten erschwert würde. Jedoch auch in dieser Hinsicht darf der Arrest nur eine möglichst vorübergehende Maßregel seyn, und muß dann aufhören, wenn sich aus den unbezweifelten und unbestrittenen Umständen des einzelnen Falls ergibt, daß jene Gefahr, welche vielleicht anfänglich vorhanden zu seyn schien, nicht wirklich vorliegt. — Im vorliegenden Falle hatte nun der anfängliche Vertreter des Beklagten, welcher die Sache für unbedeutend ansah, und sich durch Vergleich abmachen zu können hoffte, allerdings zu Protokoll erklärt: „Um meinen Mandanten in keine weiteren Weitläufigkeiten zu verwickeln, will ich im Allgemeinen gegen die Arrestanlage keine Einsprache erheben ꝛc.“

Zu dieser Erklärung hatte jener Vertreter keine Specialvollmacht (Prozeßordnung §. 142 Nr. 4 und 13.) Wenn aber dessen ungeachtet das Gericht zweiter Instanz in dieser Erklärung einen förmlichen Verzicht der Partei auf alle Einsprache gegen die Statthaftigkeit des Arrestes fand, so möchte diese Ansicht doch die Rechte der entfernten Partei allzu sehr gefährden. Da jeder Verzicht strenge auszulegen ist, so konnte die Erklärung des Vertreters auch nur in dem die Partei am wenigsten beläßtigenden Sinne genommen werden, d. h. die Erklärung durfte nicht von der ihr beigefügten Bedingung der Beschränkung des Arrestes auf 1/6 der Erbschaft getrennt werden. Dadurch, daß der Unterrichter diese Beschränkung nicht anerkännte, konnte der Partei, und mithin auch nicht deren Gewalthaber, welcher erst nach gefälltem Arrestjustificationsurtheil aufgestellt worden war *), das Recht nicht entzogen werden, in zweiter Instanz den Arrest überhaupt zu bestreiten m. a. W. auszuführen, daß die scheinbare Gefahr der erschwerten Rechtsverfolgung nicht in dem Maße vorhanden sey um den Arrest fortdauren zu lassen. Der Partei, welche von dem höheren Richter vertrau-

*) Das Amt hatte nämlich übersehen, in der ersten Vorladung die in Prozeßordnung §. 285 vorgeschriebene Auflage nebst dem dort erwähnten Rechtsnachtheil zu machen. Es trat daher in der ersten Tagfahrt kein Gewalthaber, im Sinn des § 281 der Prozeßordnung, sondern nur ein Vertreter auf, welcher, vom Gedanken an die Möglichkeit eines Vergleiches allzu sehr beseelt, in beste Absicht sogar unterließ, die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes vorzubringen (Prozeßordnung §. 35. 36), welche hier, wo eine beendigte Theilung vorlag, nach Prozeßordnung §. 17 vorgeschützt werden mußte. — M.

Digitized by Google

ensvoll Abhülfe ihrer Beschwerden erwartend, ihrem Gewalthaber den Auftrag zur Appellation gegen alle Theile des unterrichterlichen Urtheils gibt, kann nicht die Absicht unterlegt werden, daß sie auf alle Einwendungen verzichte: gerade durch die Appellation gibt sie die entgegenstehende Absicht und den Willen kund, daß die Punkte, welche in erster Instanz weniger vollständig vorgetragen wurden, bei dem Oberrichter zu einer gründlichen Erörterung kommen. Wer die Statthaftigkeit des Arrestes, unter Beziehung auf die vom Kläger selbst vorgebrachten Thatsachen, bestreitet, stellt ja keine Einrede auf, sondern läugnet nur den Klagegrund, nämlich das wirkliche Vorhandenseyn der Gefahr. Ja selbst, wenn neue, vom Kläger nicht angeführte Thatsachen vorgebracht würden, um die Gefahr als beseitigt darzustellen, so müßte dies Vorbringen doch als eine zerstörliche Einrede noch in zweiter Instanz zugelassen werden, weil der §. 1221 Nr. 1 der P. O. ausdrücklich nur die versäumten verzögerlichen Einreden nicht mehr als neue Thatsachen zuläßt. (Vgl. Annalen I. Jahrgang S. 16.)

Im vorliegenden Falle war aber gewiß um so mehr Grund dafür vorhanden, die Einsprache gegen die Arrestanlage noch in zweiter Instanz zuzulassen, als sich diese Einsprache großentheils auch auf Rechtsgründe stützte, durch welche daran erinnert wurde, daß in dubio eher contra arrestum als pro impetrante zu sprechen sei.

2) Wenn man übrigens die Zulässigkeit des Arrestes annimmt, so erscheint doch die Beschränkung desselben auf $^1/_6$ der Erbschaft unbedingt erforderlich.

Die Entscheidungsgründe, welche sich für Ausdehnung desselben auf die ganze Erbschaft aussprechen, gehen offenbar von unrichtigen Voraussetzungen aus. Dahin gehört:

1) der Einfluß, welchen das Recht des minderjährigen Karl R., für seinen Anspruch ebenfalls auf die noch im Inlande vorhandenen Vermögenstheile zu greifen, hier äußern soll. Das Recht dieses Minderjährigen ist für den fraglichen Arrestprozeß ganz gleichgültig. Denn Karl R. war in diesem Prozeß in zweiter Instanz nicht Partei: der Richter durfte von dessen Ansprüchen daher keine Kenntniß nehmen: er dürfte dies um so weniger, als keine der Parthien in zweiter Instanz nur ein Wort von diesen Ansprüchen gesagt oder wegen denselben irgend einen Antrag gestellt hatte. — In erster Instanz war zwar dieser Karl R. oder vielmehr dessen Vormund Mitbeklagter, weil dieser das unstreitig von der Hand der Erblasserin herrührende Testament anerkannt hatte. Würde in Folge des Hauptprozesses die gesetzliche Erbfolge eintreten, so würde hierdurch natürlich auch Karl R. gewinnen, weil er etwas mehr bekäme, als nach dem Testament. So lange aber der Hauptprozeß nicht entschieden ist, bleibt die Anerkennung des Testamentes durch den Vormund rechtsbeständig. Derselbe hat es daher mit Recht für gerathen erachtet, an dem anhängigen Prozesse über das Testament gar keinen Antheil zu nehmen, sondern dessen Ausgang ruhig abzuwarten. Durch diese Neutralität kann der Mündel nur gewinnen, indem er entweder ohne Prozeß den ihm nach gesetzlicher Erbfolge zufallenden Antheil erhält, oder in jedem Fall die 1000 fl., welche ihm im Testamente zugedacht sind, bekommen muß. Dieser letztere Anspruch ist, wie der Richter aus den Theilungsakten ersehen mußte, vollkommen dadurch gewahrt, daß mehrere mit Unterpfand versehene Forderungen bei der Theilung dem Minderjährigen zugewiesen worden sind. Gerade als die Urkunden über diese Forderungen an den Vormund des Karl R. abgesendet werden sollten, kam die Arrestanlage dazwischen. Durch diese hat Karl R. mithin eher Nachtheil erfahren, weil die Verwirklichung seines Vermächtnisses gehindert ist. Auf den hier in Frage stehenden Arrestprozeß hat das Recht des Karl R. aber nicht den mindesten Einfluß, und es lag daher kein Grund vor, denselben in die Entscheidungsgründe von Amtswegen (P. O. §. 118) zu adoptiren!

In den Entscheidungsgründen heißt es, „der Bestand der Erbmasse sei den Klägern gegenüber noch nicht hergestellt, und deßhalb sei der Betrag der ihnen zufallenden Erbquote rechtlich nicht festgestellt", weil die stattgehabte Erbtheilung ohne Mitwirkung der Kläger vorgenommen worden sei. — Es kann nun zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß das Amtsrevisorat oder der Theilungskommissär, welcher die Theilung vornahm, zweckmäßig gehandelt hätte, wenn er vor derselben den Arrestklägern Nacheicht gegeben hätte, was derselbe auch sicher gethan haben würde, wenn er nicht, wie aktenmäßig ist, das Vorhandenseyn der Arrestkläger und ihre Erbansprüche erst beim Schlusse der Theilung erfahren hätte. Die Arrestkläger wohnen in einem andern Hofgerichtsbezirk und hatten vor beendigter Theilung keine Einsprache erhoben. Die Theilungsbehörde war deßhalb keineswegs rechtlich verbunden, die Arrestkläger zur Theilung beizuziehen. Denn zur Zeit der Publikation des letzten Willens und der darnach gefertigten Theilung waren die Erbansprüche der Arrestkläger dem Amtsrevisorat unbekannt und diese selbst nicht in H. anwesend. Eine Vorladung derselben zur Publikation war daher gar nicht möglich, und nach der Instruktivverordnung vom 27. August 1825 (Regierungsblatt Nr. XVIII. §. 3, 4) dürften die Arrestklägee, auch wenn sie der Theilungsbehörde bekannt gewesen wären, zur wirklichen Aushändigung der Verlassenschaft gar nicht vorgeladen zu werden, weil der Erbnehmer diese Vorladung nicht verlangte. Wie nachher näher gezeigt werden wird, sind die in Ermangelung eines letzten Willens vom Gesetz berufenen Verwandten, so lange sie keine Pflichterben sind, beim Vorhandenseyn eines Testamentes dem kraft Gesetzes zur Erbschaft gerufenen Erbnehmer gegenüber nichts anders, als Gläubiger.

Digitized by Google

Als solchen steht ihnen nach L. R. S. 882 allerdings ein Recht der Einsprache gegen eine ohne ihre Beirufung vorgehende Theilung zu. Allein kein Gesetz verlangt deren allgemeine oder besondere Vorladung,

Vergl. a. die von Trefurt herausgegebenen Jahrbücher des Oberhofgerichts. Neue Folge. 4ter Jahrgang 1836 und 1837 S. 526, 527.

Es ist dies auch ganz natürlich und dem Leben entsprechend. Das bekannte Vigilantibus ꝛc. ꝛc. hat auch hier den Gesetzgeber geleitet. Der Gläubiger, welcher sich um seine Forderung nicht kümmert, bis er im Begriff steht sie zu verlieren, so wie Derjenige, welcher aus dem Gesetz Erbansprüche ableitet, und erst dann sich meldet, wenn die Theilung unter den bekannten Erben oder nach dem Inhalte des Testamentes beendigt ist, sind sich gleich: — ja der sogenannte gesetzliche Erbe, welcher sich bei Lebzeiten der Erblasserin um deren Person nie gekümmert, ihr nicht die geringste Liebe erwiesen hat, ja nicht einmal in brieflichen Verkehr mit derselben gestanden ist, verdient wahrlich nicht mehr Begünstigung als ein sonstiger Gläubiger. Wollte man nach der entgegengesetzten Ansicht dem säumigen Gläubiger, sei es, daß derselbe aus einem Vertrage, oder aus dem Gesetze seine Ansprüche ableitet, während der ganzen Verjährungszeit die Anfechtung der Theilung auf den bloßen Grund hin, weil solche ohne dessen Beiziehung vorgenommen worden ist, gestatten, so würde in manchem Falle eine jeder Rechtssicherheit widersprechende Verwirrung entstehen. Denn wie häufig sind, zumal bei dem stets lebhafter werdenden Verkehre, die zu Erbansprüchen befugten Verwandten in alle Welttheile zerstreut! — Soll nun da jeder Seitenverwandte, an den bei der Theilung Niemand gedacht oder den damals Niemand für erbberechtigt gehalten hat, nach Jahren kommen und zur Wahrung seiner plötzlich entdeckten Rechte Arrest auf die ganze Erbschaft verlangen können? — Gewiß nicht! — Dergleichen hat der Gesetzgeber nie gewollt: darum hat er zweckmäßiger Weise (L. R. S. 882 vgl. mit 816 und mit P. O. §. 17) jede Anfechtung einer schon vollzogenen Theilung, dann ausgeschlossen, wenn einmal eine Theilungsurkunde vorliegt. Die Einsprache muß vor beendigter Theilung erhoben werden: wurde dies unterlassen, so ist der Bestand der Erbmasse durch die von dem Theilungskommissär unter Beiziehung des Waisengerichtes, der anwesenden Betheiligten und der Zeugen vorgenommenen Erbverzeichnung hinlänglich richtig gestellt und muß so lange als richtig angenommen werden, als nicht von dem später Auftretenden der Beweis geliefert wird, daß ein bestimmter Bestandtheil der Verlassenschaft nicht aufgezeichnet ist. Da die Arrestkläger, deren Gegenwart oder Einladung zu der Erbanziehung oder zur Theilung rechtlich keineswegs nothwendig war, nicht einmal behauptet haben, daß der Bestand der Erbmasse unvollständig oder unrichtig angegeben sei, so muß auch der Betrag der Erbquote, welche ihnen dann zufallen kann, wenn der Hauptprozeß zu ihren Gunsten entschieden würde (?), schon jetzt als rechtlich hergestellt angesehen werden.

3) Die Annahme der Entscheidungsgründe, wornach „die ganze Erbmasse der Wittwe M. im vorliegenden Fall im Ganzen und in ihren einzelnen Bestandtheilen als gemeinschaftliches Eigenthum der Betheiligten erscheinen soll" — kann durch den dafür angerufenen L. R. S. 815 nicht gerechtfertigt werden, weil das Erbrecht und das daraus gefolgerte Miteigenthum der Kläger von Seite des Beklagten nirgends anerkannt ist. Wäre diese Annahme richtig, so hätte die Erbmasse jetzt nicht bloß mit Beschlag belegt, sondern sofort nach dem Begehren der Kläger getheilt werden müssen, ohne daß es des noch im ersten Rechtszuge schwebenden Prozesses über die Frage bedürfte, ob die im vorliegenden Falle schon vollzogene testamentarische Erbfolge durch die Intestaterbfolge wieder aufgehoben werden soll oder nicht?

So lange dieser noch schwebende Prozeß nicht entschieden ist, kann von der Intestaterbfolge oder von einem zwischen den Arrestklägern und dem Beklagten gemeinschaftlichen Eigenthum keine Rede seyn; — während der Dauer dieses Prozesses steht vielmehr das alleinige Eigenthum der Verlassenschaft dem Beklagten zu, welcher dasselbe durch eine Schenkung von Todeswegen, als den nach L. R. S. 711 gesetzlich anerkannten Erwerbstitel erworben hat und nicht durch ungegründete Ansprüche der Arrestkläger, sondern allein durch rechtskräftiges Urtheil zur Abtretung dieses Eigenthums angehalten werden kann.

Zwar pflegt man in dergleichen Fällen den Stand der Sache umzukehren und zu behaupten, daß bei einem Zusammentreffen von Testamentserben und Intestaterben das Recht der letztern bis zu ausgetragener Sache einstweilen allein in Betracht komme.

Als Grund hiefür wird denn gewöhnlich angeführt, das französische Recht betrachte die sogenannte gesetzliche Erbfolge als Regel, die testamentarische dagegen nur als Ausnahme: im Zweifel müsse für die erstere die Vermuthung streiten. Dieser Satz ist jedoch in seiner Allgemeinheit unrichtig und widerspricht dem Grundsatze des Gesetzgebers, welcher auch bei der französischen Erbfolgeordnung von der Rücksicht auf die vermuthliche größere oder geringere Zuneigung des Erblassers ausgeht und hiernach den Ausspruch des Gesetzes im einzelnen Fall als den wahrscheinlichen letzten Willen des Verstorbenen betrachtet.

Es würde zu weit führen, wenn hier in Rückblicken auf das französische Gewohnheitsrecht oder durch Belege aus denselben, die Bedeutung des Satzes: le mort saisit le vif

Digitized by Google

untersucht werden sollte. *) Es ist allerdings richtig, daß die Mehrzahl der französischen Coutumes diesen Satz nur bei den vom Gesetz zur Erbfolge berufenen Blutsverwandten anerkannte, nur auf diese durch den Tod des Erblassers die Gewähre (saisinam) übergehen ließ und daher den durch letzten Willen berufenen Erbnehmer in jedem Fall nöthigte, die Auslieferung seines Erbtheils von jenen durch das Gesetz berufenen Verwandten zu verlangen. Ebenso richtig und bekannt ist es aber auch, daß das in den pays de droit weit geltende römische Recht von dem umgekehrten Standpunkte ausging und die in einem letzten Willen ernannten oder eingesetzten Personen als alleinige und ausschließliche Erben ansah.

Der Code civil hatte demnach zwischen zwei ganz entgegengesetzten Systemen die Wahl: aber statt zu wählen, suchte man beide Systeme möglichst zu vereinigen, indem man einen Mittelweg einschlug. Dieses juste milieu, wie das jetzige System schon von dem Tribun Jaubert in seinem Berichte vom 29. April 1803 bezeichnet wird, besteht darin, daß man, wie aus den L. R. S. 1004 und 1006 näher ersichtlich ist, zwei Fälle unterschied.

a) Der Erbnehmer trifft mit sogenannten Vorbehalts- (Pflichttheils-) Erben zusammen: in diesem Falle haben diese vorzugsweise die Gewähre der Verlassenschaft; und von ihnen muß der Erbnehmer erst dasjenige verlangen, was ihm durch die Verfügung auf den Todesfall zugedacht ist. (L. R. S. 1004 im Geiste des alten Coutumes).

b) Der Erbnehmer trifft nur mit Seitenverwandten zusammen, welche zu einem Vorbehalt oder Pflichtheil nicht berufen sind: in diesem Fall tritt der Erbnehmer kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft und hat nicht nöthig, die Auslieferung derselben von dem ihm gegenüber stehenden Verwandten des Erblassers zu verlangen. (L. R. S. 1006 als Verschmelzung des Gewohnheitsrechtes mit dem römischen Rechte).

Aus Locré legislation civile etc. etc.
(Vol. XI. Commentaire X. Nr. 2, XIV. Nr. 62)
kann man ersehen, wie diese vermittelnde Rücksicht auf den Unterschied zwischen Pflichterben und sonstigen erblustigen Verwandten nur nach mehrfacher Verhandlung auf den Vermittlungsvorschlag von Cambacerès im Staatsrathe angenommen wurde. Besonders Maleville und Portalis waren es, welche lebhaft die Rechte des Testamentserben vertheidigten. Kurz und bündig sagte der letztere: Lorsqu'il existe un heritier testamentaire, il ny a plus d'héritier legal; car la loi n'attache pas moins d'effet à la disposition, que fait l'homme en vertu de l'autorisation, qu'elle lui donne, qu'à la disposition, qu'elle fait elle même directement: ainsi l'heritier testamentaire est heritier *legal*, comme l'heritier ab intestat; — und treffend fügte Muraire bei: L'heritier institué a pour lui, comme l'heritier ab intestat, *la volonté de la loi*: mais il a un avantage de plus, c'est la priorité d'affection dans les sentimens du testateur.

Beachtenswerth ist hier auch die Reihefolge, welche der L. R. S. 1011 beobachtet, wornach vor Allem andern die Pflichterben, und in deren Ermangelung die eingesetzten Erben, und erst wo auch keine solche da sind, die gesetzlichen Erben aufgeführt werden. Sobald keine Pflichterben da sind, erscheint der Erbnehmer gleichfalls unbedingt als gesetzlicher Erbe und schließt in dieser Eigenschaft alle andern durch das Stillschweigen des Erblassers übergangenen Erben aus; was in Baden noch ganz besonders durch den L. R. S. 1006 a anerkannt ist, durch welchen geradezu ausgesprochen ist, daß der kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr tretende Erbnehmer, „damit in die Reihe der Erben trete, und daß auf ihn alles anwendbar werde, was von diesen überhaupt gesagt ist."

Da die Arrestkläger im vorliegenden Falle keine Pflichterben sind, so ist der Arrestbeklagte kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft getreten. Während des Rechtsstreites, in welchem seine Rechte bestritten werden, braucht er ein gemeinschaftliches Eigenthum nicht anzuerkennen: ein solches ist rechtlich nicht vorhanden, weil es durch das einstweilen auf dem Gesetze beruhende Alleineigenthum des Beklagten ausgeschlossen ist.

4) Die eben bemerkte Erbschaftserwerbung des Beklagten kann auch nicht durch einen Umstand beseitigt werden, welcher in den Entscheidungsgründen zwar nicht berührt ist, jedoch in erster Instanz zur Sprache kam. Der Beklagte hat sich zur Zeit der Theilung nicht durch den im L. R. S. 1008 vorgeschriebenen Beisatzbefehl in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft einweisen lassen!

Allerdings wird ein solcher Beisatzbefehl außer der Beschaffenheitsbeurkundung des L. R. S. 1007, (welche im vorliegenden Falle gehörig vorgenommen wurde) in den Gesetzen deutlich vorgeschrieben. Allein der Beklagte, welcher der hiesigen Rechte nicht kundig ist und sich zur Zeit der Theilung mit keinem Rechtsfreunde berieth, unterließ die Bitte um den richterlichen Beisatzbefehl, weil er deren Nothwendigkeit nicht kannte.

Das Amtsrevisorat als Theilungsbehörde machte den Erbnehmer auf diese Nothwendigkeit nicht aufmerksam, weil es, wie viele andre Amtsrevisorate im Lande, den Beisatzbefehl für eine überflüssige Form ansah. — In der That ergibt die Vergleichung von Theilungen im Fall eines eigew

*) Vgl. hierüber insbesondere Aufsatz des verstorbenen Klimrath in der Revue de legislation et de jurisprudence. (Herausgegeben von Wolowski) Tome II. (Paris 1835) S. 388. M.

Digitized by Google

händigen Testamentes, aus verschiedenen Gegenden des Landes sowie das Geständniß mehrerer Amtsrevisoren und Theilungskommissaire die Erfahrung, daß der richterliche Beisatzbefehl meistens nur da erbeten wurde, wo der eingesetzte Erbnehmer Streitigkeiten befürchtete und dißhalb einen Advokaten zu Rathe zog, während da, wo die vorhandenen Verwandten das eigenhändige Testament entweder anerkannt hatten oder wo eine Einsprache von dieser Seite nicht zu befürchten stand, weder die Parteien, noch der Theilungskommissär oder Amtsrevisor es für nöthig hielten, bei dem Gerichtsvorsteher besonders die Einweisung in Besitz und Gewähr zu beantragen, welche, wie man nicht selten glaubt, ja schon stillschweigend in der vorangegangenen Beschaffenheitsbeurkundung des eigenhändigen letzten Willens liege.

Freilich steht diese Praxis nicht in Einklang mit der klaren Vorschrift des L. R. S. 1008; aber es darf nicht unbeachtet bleiben, daß dieselbe nicht nur durch den schon so oft und dringend beklagten Mangel einer Notariatsordnung, sondern auch durch unsere Prozeßgesetzgebung sich entschuldigen läßt. — Der §. 743 der Prozeßordnung stellt bekanntlich in der Lehre von dem Besitzprozesse zuerst den Grundsatz auf: „Besitzklagen . . . . zur Erlangung eines Besitzes, den man noch nicht gehabt hat, (interdicta adipiscendae possessionis) finden in der Regel nicht Statt. Als Ausnahmsfälle, in welchen übrigens eigentlich nicht eine Erbbesitzklage, sondern vielmehr eine Bitte um unbedingten Befehl Statt finde, werden dann nur die Fälle der L. R. S. 1004, 1011 und 1014 angeführt, der Fall des L. R. S. 1008 aber übergangen!“ —

Dieses Stillschweigen des Gesetzgebers über den letzten Fall muß im Zweifel als absichtlich angesehen werden und berechtigt zu der Unterstellung, daß von dem Fall des L. R. S. 1008 deßhalb nichts erwähnt wurde, weil man die Bitte um den Beisatzbefehl für eine mehr in's Gebiet der Rechtspolizei, als in das des gerichtlichen Verfahrens gehörende, nicht wesentliche Form ansah. Der tiefere Grund liegt wohl auch darin, daß dem Beisatzbefehl, von Seiten des Gerichtsvorstehers, welcher darum gebeten wurde, keine nähere Prüfung des Falles (keine causae cognitio) voranzugehen beancht. Der ganze Befehl hat weniger den Charakter eines richterlichen Decretes, sondern ist vielmehr nur eine Beurkundung des Besitzes und der Gewähr.

Wenigstens muß dies im Fall des L. R. S. 1006 behauptet werden. Wenn nämlich in diesem Fall der Erbnehmer kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr getreten ist, so kann der hinzukommende gerichtliche Beschluß nichts anders seyn als die Beurkundung des kraft Gesetzes eingetretenen Falles; eine Beurkundung, welche nicht verweigert werden kann, wenn Pflichterben nicht da sind. „Si l'heritier institué ou le legataire universel ne se trouve point en concurrence avec des heritiers, ayant une quotité de biens reservée par la loi, les autres parens *ne pourront empêcher*, que ce titre n'ait toute sa force et son execution provisoire, dés l'instant même de la mort du testateur.“

Vergl. Exposé des motifs von Bigot — Préameneu v. 22. April 1803
bei Loeré l. c. Vol XI. Comm. XIV. Nr. 62 S. 404.

In gleichem Sinne erklärt auch vom Standpunkte des badischen Rechtes aus Brauer in den Erläuterungen VI. Band Nr. 61 S. 157 ganz treffend. „Aus der gesetzlichen Gewähr folgt, es dürfe in einem solchen Fall, wo kein Pflichterbe da ist, wo der eingesetzte Erbe folglich vor allen übrigen gesetzlichen Erben, die das Gesetz erst nach ihm zuläßt, gerufen ist, in dem Gebrauch seines durch den richterlichen Beisatzbefehls gewäheten Rechtsbesitzes keine Hinderniß in den Weg gelegt werden:“ „„denn Besitz und Gewähr haben, und an der Besitznahme gehindert werden dürfen, sind widersprechende Dinge!““ —

Wenn nun der mit Pflichterben nicht zusammentreffende Erbnehmer an der Besitznahme nicht gehindert werden kann, so steht es ihm während der ganzen Verjährungszeit frei, diese Besitznahme durch richterlichen Beisatzbefehl beurkunden zu lassen. Denn weder der L. R. S. 1008 noch ein anderes Gesetz hat eine kurze Frist bestimmt, innerhalb welcher der Beisatzbefehl nachgesucht werden müßte. Daß der Gesetzgeber eine solche Frist nicht festsetzen wollte, dies wird klar, wenn man auf die unverkennbare Quelle Rücksicht nimmt, aus welcher die Vorschrift des L. R. R. 1008 geflossen ist, nämlich die bekannte L. ult. Cod. de Edicto Divi Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur (VI. 33)
in welcher deutlich bestimmt ist: „nullis Augustiis temporum hujusmodi missio (sc. ex testamento) coarctanda“ und „nullum missioni temporis obstaculum objiciatur“: nur die zur Verjährung erfoderliche Zeit soll die missio ausschließen können. —

Im vorliegenden Fall konnte daher die von dem Erbnehmer unterlassene Bittschrift um den Beisatzbefehl immer noch nachgeholt werden. Der Beklagte hat einen Rechtsanwalt erst dann bestellt, als der Hauptprozeß schon anhängig und der Arrest von dem Unterrichter schon für gerechtfertigt erklärt war. Der also spät bestellte Anwalt hielt es für seine Pflicht, vor Allem die von seinem Gewaltgeber aus Rechtsunkenntniß unterlassene Bittschrift um den Beisatzbefehl einzureichen. War zu dieser Zeit gleichwohl $^1/_6$ der Erbschaft zur streitigen Sache geworden, so hinderte dieser Umstand die Einbringung der Bittschrift keineswegs, weil dadurch nach dem, was zuvor ausgeführt wurde, von Seiten des Beklagten ja keine einseitige unnöthige Veränderung (im Sinne des § 275 Nr. 6 a P. O.) vorgenommen, sondern um die Beurkundung einer ohnehin kraft Gesetzes eingetretenen Thatsache nachgesucht würde. Das Amt J., bei welchem die Bitte gestellt worden war, scheint im Ganzen von denselben Rücksichten ausgegangen zu seyn; obwohl es der Bitte nicht geradezu entsprach, hat es doch den Rechtsbesitz des Beklagten anerkannt. Es verfügte nämlich: „daß man im vorliegenden Falle die Einweisung des Beklagten in den Besitz der Erbschaft (was überhaupt nur eine rechtspolizeiliche Maßregel ist) für unerheblich halten muß, da der Beklagte schon durch einen Akt des Amtsrevisorat's Besitzer der Erbschaft geworden, und es für die Erbtheilungsklage gleichgültig ist, ob der Beklagte mit Recht oder Unrecht in den Besitz der Erbschaft gekommen ist.“

Der Beklagte ist demnach im vorliegenden Falle im rechtlichen Besitze der Erbschaft, und muß daher auch (arg. L. R. S. 544 e) während des Prozesses als Alleineigenthümer der Verlassenschaft der Wittwe M. angesehen werden. —

5) Durch diesen mit den Wirkungen des Eigenthum's

Digitized by Google

versehenen Besitz zerfällt daher auch die unrichtige Annahme eines gemeinschaftlichen Eigenthum's: und mit diesem Vordersatze fallen alle in den Entscheidungsgründen daraus abgeleiteten Folgerungen. Die daselbst angeführten L. R. Sätze 826, 832, 835 können nur da Anwendung finden, wo das Erbrecht und das daraus fließende Miteigenthum der einzelnen Betheiligten gegenseitig anerkannt und eine Theilung noch nicht vorgenommen ist. Daraus aber, daß ein anerkannter Erbe das Recht hat, in den Fällen, in welchen keine Versteigerung der Erbmasse beschlossen wird, seinen Erbtheil möglichst im Stück zu verlangen, oder gegen die Fertigung der Loose Einwendungen zu erheben, folgt keineswegs, daß auch ein nicht anerkannter Erbprätendent, bloß weil er Ansprüche macht und dieselben möglicher, aber keineswegs wahrscheinlicher Weise zu seinen Gunsten entschieden werden können, gleiche Rechte hat. Der Gesetzgeber konnte nie den Willen haben, für die Art und Weise der Ausübung eines Rechtes, Sicherungsmaßregeln einzuführen, so lange das Recht selbst noch keineswegs anerkannt, sondern noch sehr zweifelhaft ist. Das rechtliche Daseyn des Rechtes ist vielmehr die Vorbedingung seiner Ausübung.

Wollte man alle Möglichkeiten, welche bei der Geltendmachung eines Rechtes künftighin eintreten können, bei der Frage über die Sicherung des Rechtes berücksichtigen, und wollte man die über die Art und Weise der Geltendmachung anerkannten Rechte gegebenen Vorschriften auch auf die Fälle streitiger Rechte ausdehnen, so müßte man in der Consequenz, wenn nur überhaupt beim Arrestprozeß eine causa arresti vorliegt, regelmäßig das ganze Vermögen eines Schuldners mit Beschlag belegen. Der Impetrant würde dann einfach sich auf den L.R S. 2092 beziehen und ein nicht über den Buchstaben des Gesetzes hinaus denkender Rechte, könnte dann vielleicht den allzuweisen Beschluß fassen: „In Erwägung, daß das Gesetz deutlich ausspricht: daß, wer eine Verbindlichkeit auf sich genommen hat, die Erfüllung seines Versprechens aus allem seinem gegenwärtigen und zukünftigen, beweglichem und unbeweglichem Vermögen bewirken muß (L. R. S. 2092). In weiterer Erwägung, daß der Gläubiger berechtigt ist, die Vollstreckung gegen seinen Schuldner auf verschiedene Weise und durch verschiedene Mittel (P. O. §. 966, 983) zu begehren u. s. w. aus diesen [Schein-] Gründen wird auf das ganze Vermögen des N. N. Arrest angelegt. — Mag die Forderung des Gläubigers 1000 fl., oder nur den zehnten Theil davon betragen, gleichviel! — der Richter hat sich mehr an die Worte, als an den Geist und Zusammenhang der Gesetze gehalten, und deßhalb, auf das ganze Vermögen, als künftig möglichen Vollstreckungsgegenstand, Beschlag gelegt.

Solche Folgerungen brauchen nur angedeutet zu werden, um den Sprung im Schließen zu erkennen, mittelst welches der Begriff eines Vollstreckungsgegenstandes mit dem Begriffe: Streitgegenstand verwechselt wird. — Sowie bei der einfachen Schuldklage nicht das ganze Vermögen des Schuldners, gegen welches einst die Vollstreckung gesucht werden kann, sondern nur der Betrag der Forderung den Streitgegenstand bildet, ebenso erscheint im vorliegenden Falle nicht die (überdieß schon getheilte) Erbmasse, sondern nur der von den Klägern möglicher Weise in Anspruch zu nehmende Theil derselben als Streitgegenstand. Dieses $^1/_6$ bildet den Betrag der Forderung, für welche die Kläger dem Beklagten gegenüber als Gläubiger aufgetreten sind. — Ist auch dem Gesuche der Kläger ein mehr allgemeiner, zunächst auf Theilung überhaupt gerichteter, Anstrich gegeben, so kömmt es hierauf doch nicht an, weil die Theilung nur als das Mittel vorgewendet ist, um zu dem besondern Zwecke der Klage, d. i. zu der Auslieferung von $^1/_6$ der Erbschaft zu gelangen. Die Kläger wollen, wie jeder andere Gläubiger, nichts als $^1/_6$ der Erbmasse oder den diesem $^1/_6$ entsprechenden Geldeswerth: — dies ist das höchste, was sie im günstigsten Falle erreichen können; — wozu die Sicherung auf mehr ausdehnen, als die Kläger im besten Fall fordern können? —

6) Es muß vielmehr Grundsatz des Arrestprozesses seyn, daß der Beschlag nie über den wahren Betrag der Forderung ausgedehnt werde. Der wahre Anspruch des Klägers bildet vielmehr die Grenze des Arrestes. — Diesen Satz erkennen nicht nur Neuere, wie

hier: Bayer Theorie der summarischen Prozesse §§. 22, u. 38,

sondern auch ältere Schriftsteller ausdrücklich an. So nimmt

Ch. Fr. Holland tract. de Cerrestis. (Tubing. 1729) Cap. VIII p. 122.

es als etwas ganz Natürliches, sich von selbst Verstehendes an: „securitas non ultra necessitatem exigenda, nec in plus, quam petitur aut *vere debetur*," und der in dieser Lehre klassische *Mevius* spricht sich nicht nur in Parte VI decisionum pro 301, sondern auch ganz insbesondere in seinem Tractatus juridicus de Arrestis. (Lipsiae 1718) Cap. XIII Nr. 20 — 23 deutlich und ausführlich in gleichem Sinne aus. Von dem Satze ausgehend: nec delicatus debitor, nec onerosus creditor audiatur, stellt er überall die Nothwendigkeit als den einzig gerechten Maßstab des Arrestes auf, und erklärt: Ultra finem non est aequa impositio. Nec modo in pecuniis debitis et arrestandis ea servanda circa impositionem aequalitas, sed *in ceteris quoque circumstantiis*: Referendum est inter praeciqua modi impositionis, ut non fiat ultra quam est necessaria. *Sicut necessitas est, quae legitimat, ita etiam pari arrestis limites!* —

Es braucht wohl nicht erst daran erinnert zu werden, daß das gemeine deutsche Recht die Hauptquelle unsere Prozeßgesetzgebung ist. — Wenn sich in der badischen P. O nun auch im Titel vom Arrestprozeß, keinen besonderen §. findet, worin die Rücksicht auf die Nothwendigkeit als das Maß des Arrestes vorgeschrieben ist, so liegt der Grund der Weglassung eines solchen §. wohl einfach darin, daß man diese Rücksicht für allzu natürlich ansah, als daß es eine besondere Vorschrift deßhalb bedurft hätte. — Uebrigens liefern mehrere Bestimmungen der P. O. eine schlagende Analogie. Faßt man nämlich den Arrestprozeß unter dem wahren Rechtsgesichtspunkt auf, so erscheint derselbe als ein zur Sicherung von Ansprüchen — anticipirtes Vollstreckungsverfahren. Die bei diesen empfohlenen Rücksichten auf Nothwendigkeit, auf Abwendung oder Beseitigung der Vollstreckung durch hinreichende Ersatzmittel, auf Schonung des Schuldners und Vermeidung aller Bedrückung gegen denselben, arg. P. O. §. 960, 966, 969, 988 u. A. müssen argumento a majori durchaus auch bei dem Arrestprozesse beobachtet werden. —

Ein Hauptgrund für diese Ansicht liegt gewiß auch in den

Digitized by Google

Grundsätzen des Civilrechtes über — Schadensersatz. Man denke sich, der Arrestbeklagte oder die Dritten, bei welchen der Arrest angelegt ist, kehren sich aus irgend einem Grunde nicht an denselben. Da man aus einer solchen Nichtachtung des richterlichen Befehls natürlich keine Criminalverbrechen machen kann, so bleibt nichts übrig, als diese Personen für entschädigungspflichtig zu erklären! — Dagegen ist an sich, abgesehen von besondern Umständen des einzelnen Falles, nichts einzuwenden: — aber auch im schlimmsten Falle, wo der Arrest etwa gar durch Gefährde des Schuldners gebrochen worden ist, muß sich jeder Richter noch an den L. R. S. 1151 erinnern, wonach die Entschädigung nur denjenigen erlittenen Verlust und entgangenen Gewinn unter sich begreift, welche unmittelbare und natürliche Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit, d. h. der Nichtbeobachtung des Arrestes sind; um diesen Schaden zu bemessen, wird es hauptsächlich allein auf den Geldeswerth des streitigen 1/6 der Erbmasse ankommen. — Wahrlich, wenn nur dies 1/6 streitig ist, wenn auch beim Obsiegen der Klägerin der Hauptsache allein der Geldeswerth dieses 1/6, das Maß der Vollstreckung bestimmt, so lag wohl kein rechtlicher Grund vor, in casu concreto den Arrest auf mehr als 1/6 der Erbmasse zu erkennen! —

III. Zum Schlusse mag noch ein Punkt zur Sprache gebracht werden, der in den Entscheidungsgründen nur kurz berührt wurde. Daselbst wird am Schlusse, der von dem Conditor Th. angeblich ausgestellte Revers als unzureichend erklärt. Das Unzureichende wird wohl nur darin gefunden, daß dieser Revers sich nur auf 1/6 der Erbmasse beziehen sollte, während auf die ganze Masse Beschlag gelegt ist. Ob dieser Revers an sich, wenn er sich auf die ganze Erbmasse bezogen hätte, hinreichend befunden und ob dem darauf gegründeten Gesuch des Beklagten, um beziehungsweise Aufhebung des Arrestes willfahret worden wäre, darüber ist nichts ausgesprochen. —

Die Antwort hierauf hängt mit der allgemeinen Frage zusammen: Was wird unter der in §. 694, 695 der P. O. erwähnten Sicherheitsbestellung verstanden, gegen welche der Arrest aufgehoben werden solle? —

Es gibt einige, welche der Meinung sind, diese Sicherheit könne nur durch Bürgen, Pfänder oder Hinterlegung geleitet werden, weil diese Arten der Sicherheitsleistung allein in §. 182, 186 der P. O. genannt werden. Aber abgesehen davon, daß diese §§. sich auf besondere Fälle der Sicherheitsleistung beziehen, darf auch nicht übersehen werden, daß weder diese §§. noch irgend ein anderes Gesetz die erwähnten Akten den S. L. für den einzig und allein zulässigen erklärt. Es muß vielmehr angenommen werden, daß jede sonstige, dem Zwecke des einzelnen Falles entsprechende Sicherheit vom Richter für hinreichend erkläret werden kann. — Ein Beispiel einer solchen sonst möglichen Sicherheit bietet der vorliegende Fall. Der erwähnte Conditor Th. ist, zufolge des vorgelegten gemeinderäthlichen Zeugnisses, ein zu H. liegenschaftlich angesessener, wohlhabender Bürger, welchen der Beklagte, wie schon bemerkt, zu seinem Bevollmächtigten für die Verwaltung der noch ausstehenden Forderungen ernannt hatte. Derselbe war nun bereit, sich durch Revers oder zu Protokoll zu verpflichten, bis zu rechtskräftig entschiedener Hauptsache, von den seiner Verwaltung anvertrauten Geldern oder Forderungen, die Summe von 1400 fl. (1/6 der Erbschaft nebst einer Summe für Prozeßkosten) entweder bei den dermaligen Schuldnern ausstehen zu lassen, oder im Falle der Rückzahlung der einen oder der andern Schuld, den erhobenen Geldbetrag nach dem Gesetz vom 3. August 1837, vgl. mit Vollz. V. O. im Dezember 1837, besonders §. 3 Nr. 1, (Regierungsblatt 1838 Seite 2), an die öffentliche Hinterlegungskasse abzuliefern. — Die Sicherung des streitigen 1/6 wäre auf diese Weise hinreichend bewirkt worden; — ja es wäre dadurch in gewisser Hinsicht noch mehr Sicherheit vorhanden gewesen, als nur der Arrest selbst gewähren kann.

Der auf längere Zeit (d. h. bis zur endlichen Entscheidung eines Prozesses, welcher bis in die dritte Instanz gehen kann) verhängte Arrest wirkt nämlich in manchen Fällen nicht nur für den Arrestbeklagten, sondern auch für den Arrestkläger nachtheilig. Deutlich zeigt sich dies im vorliegenden Falle. Die Erbmasse besteht nämlich aus 31, theils mit Unterpfand, theils aber nur durch Handschrift gesicherten Forderungen. Da nun bekanntlich nach dem Gesetze (P. O. §. 685 Nr. 3), der Beschlagnahme von Forderungen dem Schuldner aufgegeben wird, die mit Arrest belegte Summe bis auf weitere gerichtliche Verfügung, bei Vermeidung nochmaliger Zahlung, nicht auszuzahlen, so wird einestheils dem ordentlichen Schuldner die Möglichkeit der Heimzahlung sehr erschwert, anderntheils aber dem leichtsinnigen Schuldner gewissermaßen ein Privilegium, eine Aufmunterung gegeben, durch die ihm gebotene Nichtzahlung in einzelnen Fällen den Verlust der Forderung herbeizuführen, was bei den bloß handschriftlichen Forderungen und bei der großen Leichtigkeit, sich in einem Gante seiner Verbindlichkeiten zu entledigen, ohne große Umstände bewerkstelligt werden kann. —

Für solche Fälle gibt es ein Auskunftsmittel, das leider bei den Gerichten durch den förmlichen Arrest fast verdrängt worden ist. Die P. O. §. 257, Nr. 6 nennt es neben dem Beschlag. Es ist die in L. R. S. 1961 in das Ermessen des Richters gestellte — Sequestration, durch gerichtliche Bestellung eines Hüters oder Verwalters, bei welchem der Streitgegenstand (z. B. hier 1/6 der Erbmasse) hinterlegt würde, entsteht die Möglichkeit, den verderblichen Zahlungsstillstand, welchen der Arrest herbeiführt, zu vermeiden, weil dann die Schuldner an den Verwalter Kapital und Zinsen bezahlen, und die jedesmaligen Einnahmen durch den Verwalter wieder verzinslich angelegt werden können. — Versäumt der Richter nicht, dem Verwalter eine gehörige Instruktion zu ertheilen und eine angemessene Belohnung vorher zu bestimmen, so sind die Rechte beider streitenden Theile, mag der Hauptstreit ausgehen, wie er will, ohne Zweifel weit besser gesichert, als durch eine Arrestanlage! — In Praxi würde sich dann die Sache so gestalten können, daß der Arrest zwar anfänglich, insofern Grund dazu vorliegt, erkannt, jedoch nur vorübergehend, d. h. nur bis nach abgehaltener Rechtfertigungstagfahrt dauerte. Denn in dieser Tagfahrt wird der Arrest unter Beziehung auf die P. O. §. 694, 695 aufgehoben, zugleich aber zur Sicherung der streitigen Ansprüche die weniger drückende Sequestration anordnet! —

Wenn der Richter bei Arresterkenntnissen auch an die Folgen derselben denkt, so wird er die hiebei nöthige Vorsicht und Prüfung nicht außer Acht lassen! —

Dr. M. Mittermaier.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 4. Mai 1839.

I.

Von wann an wirkt das für eine Krediteröffnung verwilligte Pfandrecht?

(Vergl. den Aufsatz in den Annalen IV. Nr. 9. I.)

In dem obigen Aufsatz wird diese Frage dahin beantwortet, daß ein für eine Krediteröffnung verwilligtes und eingetragenes Pfandrecht nicht erst vom Tage der wirklichen Kreditbenutzung, sondern wie andere Pfandrechte vom Tag der Eintragung gegen dritte Gläubiger wirke. Allein diese Behauptung ist zu bestreiten.

Die Begründung derselben läßt sich wohl dahin zusammenfassen, daß nach den unzweifelhaften Bestimmungen unsers Rechts jede bedingte Schuld nach Erfüllung der Bedingung in allen Rechtsfolgen rückwirkend auf den Umfang, auf den Abschluß des Geschäfts eintrete, daß unser Gesetz bei obiger Frage nicht wie das römische in l. 9. §. 1. D. qui potiores in pignore zwischen Bedingungen unterscheide, deren Erfüllung der Schuldner hindern oder nicht hindern könne, und daß eben das Gesetz in S. 2134, 2147 ganz allgemein vorschreibe, daß auch das bedingte Pfandrecht vom Tag der Eintragung gegen dritte Gläubiger wirke. Deutlich ist hieraus zu entnehmen, daß hier also alles aus den Grundsätzen über bedingte Rechtsgeschäfte entschieden wird, wozu man wohl dadurch verführt wurde, daß auch in dem von Laukhard I. S. 340 angeführten Rechtsfall, so wie von den darüber angezogenen Rechtslehrern — Merlin, Toullier, Troplong — überall von der Unterstellung eines bedingten Rechtsgeschäfts ausgegangen wird.

Mir scheint aber das Rechtsgeschäft einer Krediteröffnung als solches überhaupt kein bedingtes zu seyn, und also auch auf die Grundsätze und Vorschriften über bedingte Geschäfte gar nichts anzukommen.

Untersucht man das Wesen eines unter aufschiebender Bedingung eingegangenen Rechtsgeschäfts, denn nur von einer solchen Bedingung ist hier die Rede, so wird man dasselbe dahin zu bestimmen haben, daß das Rechtsgeschäft als solches vollständig besteht, daß aber die Wirkung der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten noch auf den Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses ausgesetzt ist, negotium oportet prius esse, quam esse iale. Betrachtet man dagegen das Rechtsgeschäft der Krediteröffnung, so besteht es wohl darin, daß der Kreditverlangende für die Zukunft und gewöhnlich auch an einem andern Platz als seiner derzeitigen Anwesenheit Geld braucht, und ihm der Kreditgeber zusagt, daß er dieses Geld auf seinen Namen hin beziehen könne, es ihm jedoch mit Zinsen zurückerstatten müsse. Dieses Rechtsgeschäft ist nun in keiner Weise ein bedingtes, sondern ist für sich betrachtet in seinem Abschluß, und in Ausstellung des Kreditbriefs ein vollkommen bestehendes, und auf kein ungewisses Ereigniß ausgesetztes Geschäft zu nennen. Es hat auch als solches alsbald bestehende Rechtswirkungen, denn wenn z. B. der Kreditgeber nicht dafür gesorgt hat, daß der Kreditnehmer wirklich am Platz des eröffneten Kredits Geld erhält, wenn er dem zur Auszahlung Angewiesenen keine Deckung, und nicht einmal Nachricht gegeben hat, dieser sich also auf Vorweisung des Kreditbriefs der Zahlung weigert, so wird er dem Kreditnehmer allerdings schadensersatzpflichtig seyn, weil er seiner Vertragspflicht der Eröffnung eines Kredits nicht nachgekommen ist. Bezüglich des fernern Erfolgs des Rechtsgeschäfts ist aber die Krediteröffnung als ein pactum de mutuo dando anzusehen, welches dann wirklich ein mutuum wird, wenn der Kredit benutzt worden ist. Es ist ein solches Rechtsgeschäft eine Vertragszusage, ein Vertragsentwurf, wie der S. 1340 e die darüber ausgestellte Urkunde nennt, und in so fern also bezüglich des beabsichtigten Rechtsgeschäfts eine vorbereitende Rechtshandlung, welche, wenn sie nicht erfüllt wird, ein Klagrecht auf Erfüllung, oder auf Entschädigung mit sich führt. Wird sie aber erfüllt, wird die Handlung vorgenommen, auf welche das eigentlich beabsichtigte Rechtsgeschäft noch ausgesetzt ist, so kann nicht gesagt werden, daß nunmehr die Bedingung des früher nur vorbereitenden Rechtsgeschäfts eingetreten ist, sondern das vorbereitete Rechtsgeschäft ist jetzt erst selbst vollständig geworden, erst wirklich abgeschlossen

Digitized by Google

worden. Alsdann wird auf das vorbereitende Rechtsgeschäft, die Vertragszusage, kein Gewicht mehr gelegt, sondern das vorbereitete und zu Stande gekommene Rechtsgeschäft wird nach seinen rechtlichen Erfordernissen, und nach der Zeit beurtheilt, wo es zu Stande gekommen und vollendet worden ist. Niegrunds läßt sich behaupten, daß es nach der Zeit beurtheilt werden müsse, und auf jene Stunde rückwirke, wo die Zusage der Einlassung in das Rechtsgeschäft ertheilt wurde. Der Krediteröffnung, als einem pactum de mutuo dando, steht gerade in kaufmännischer Beziehung der Wechselausstellungsvertrag, d. h. die Zusage, einen Wechsel ausstellen zu wollen, das pactum de cambiando gleich, und doch wird niemand behaupten wollen, daß dieses pactum de cambiando ein in sich bedingtes Rechtsgeschäft seie, und daß sonach die Vollendung des Wechselgeschäfts durch die Ausstellung des Wechsels als die eingetretene Bedingung des Wechselgeschäfts in der Art zu beurtheilen seie, daß das Rechtsgeschäft des Wechsels mit allen seinen Rechten und Pflichten nicht nach der Zeit des ausgestellten Wechsels, sondern nach der Zeit der Wechselzusage, und rückwirkend auf sie zu entscheiden seie.

Daß eine Krediteröffnung als solche kein bedingtes Rechtsgeschäft ist, folgt wohl aus der Betrachtung, daß Rechtsgeschäfte zwar von mehern neben einanderstehenden Bedingungen abhängig gemacht werden, daß sie aber nicht unter mehrern übee einanderstehenden Bedingungen abzuschließen, und so zu sagen in Bedingungen zu potenziren sind. Nehmen wir nun an, der A verlangt von dem B einen Kredit auf den Platz C mit 1000 fl., und der B stellt ihm geradehin einen Kreditbrief mit der Adresse an D auf diese 1000 fl. zu, so ist hierin keine Bedingung zu erkennen. Nehmen wir dagegen an, der B will seinen Kredit nicht an das Vertrauen des D wagen, und will eben so wenig nach C eigene Fonds zue Deckung hinsenden, er erwartet aber in C ein Schiff, welches ihm gehörige Waaren bringt, so kann ee sehr wohl den Kredit auf die Bedingung setzen, daß er den D ersucht, dem A 1000 fl. auf seinen Namen zu kreditiren, wenn das Schiff wohlbehalten angekommen ist. Dieses wäre nun eine bedingte Krediteröffnung, und sie müßte, wäre die Krediteröffnung schon für sich ein bedingtes Rechtsgeschäft, als die in Bedingungen potenzirte angesehen werden, wo es doch in Gegenüberstellung beider eine augenscheinliche Sache ist, daß die erste keine, sondern nur die zweite eine bedingte Krediteröffnung ist.

Wenn sodann weiters von einem bedingten Rechtsgeschäft die Rede ist, so muß es, und man kann darin die Probe des bedingten Geschäfts erblicken, nicht nur in der Absicht der Partheien liegen, sondern es muß auch möglich seyn, daß die Erfüllung der Bedingung dergestalt rückwirke, daß nunmehr alle rechtlichen Folgen des Geschäfts als von Anfang an vorhanden und existirend angesehen werden. Sieht man nun bei der Krediteröffnung die wirkliche Benutzung des Kredits als die erfüllte Bedingung des Rechtsgeschäfts an, so müßte das Recht des Kreditgebers und die Pflicht des Kreditnehmers auf Rückerstattung des Kreditirten nicht mit und auf dem Tag des Kreditbenutzens, sondern auf dem Tag der Krediteröffnung bestehen. Allein es ist zu klar, daß der Kreditnehmer vor der Kreditbenutzung nicht die Pflicht haben kann, den eröffneten Kredit schon rückzuerstatten, seine Pflicht wird nur von dem Tag der Benutzung begründet, wirkt nicht zurück, und eben weil diese Pflicht der Rückerstattung die Hauptverbindlichkeit des Kreditnehmers im ganzen Rechtsgeschäft ist, und solche nicht auf den Tag der Zusage des Kredits zurückwirkt, und nicht zurückwirken kann, ist auch keine Rede von einem bedingten Rechtsgeschäft, und von einer Rückwirkung desselben auf den Tag des Vertragabschlusses, was doch nach S. 1174 überall rechtlich nothwendig wäre. Gerade für die Verbindlichkeit der Rückerstattung des benutzten Kredits, und zu ihrer Sicherung wird aber die Hypothek hier verlangt und verwilligt, und wenn es nun eine ausgemachte Sache ist, daß die Hauptverbindlichkeit nicht über den Tag der wirklichen Benutzung des Kredits hinaus, und insbesonders nicht auf den Tag der Krediteröffnung zurückwirken kann, so ist es auch eine nicht zu bezweifelnde Sache, daß die verwilligte Hypothek ebenfalls nicht übee den Tag der Kreditbenutzung hinauswirken, und in keinem Fall auf den Tag dee Krediteröffnung zurückwirken kann, denn sie ist bezüglich der Pflicht der Rückerstattung des benutzten Kredits das den Kreditgeber hierin sichernde Nebengedinge seines Hauptrechts, und kein Nebengedinge eines Hauptrechts kann vor der rechtlichen Existenz des Hauptrechts selbst existent und wirksam werden.

Wenn sonach das Hauptgeschäft der Krediteröffnung für sich selbst keineswegs ein bedingtes ist, so fragt es sich, ob nicht die Hypothekerwilligung als besondere Nebenvertrag der Krediteeöffnung eine bedingte ist, was sie allerdings auch da seyn kann, wo das Hauptgeschäft ein unbedingtes ist. Allein für sich betrachtet ist das für die Krediteröffnung zugesagte Pfand gewiß nicht bedingt, wie sich wieder aus der Betrachtung am besten ergiebt, daß es allerdings an eine Bedingung gebunden werden kann, wo z. B. gesagt ist, daß das Pfand verwilligt wird, wenn der über die Pfandstücke bestehende Prozeß gewonnen würde. Wäre sonach die Pfandbestellung schon für sich bedingt, so wäre eine ausdrücklich bedingte Pfandbestellung die in Bedingungen potenzirte Verpfändung, was nicht seyn kann. Und wenn, wie oben gezeigt ist,

Digitized by Google

die unter den Kontrahirenden bestehenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht über den Tag der Kreditbenutzung hinausreichen können, so kann auch die bedingte Pfandbestellung, als Nebenvertrag, nicht darüber hinausgehen, und kann eben deßhalb keinen frühern Tag seiner Wirkung besitzen, als den der damit gedeckten Hauptverbindlichkeit, also den Tag der Kreditbenutzung.

Man könnte zwar sagen, daß der Kreditnehmer von dem Augenblick der Krediteröffnung dem Kreditgeber deßhalb verbunden seie, weil dieser von da an schon seine Gelder zur Erfüllung seiner Kreditzusage bereit halten müsse. Allein, wenn dieses auch richtig ist, so kann er dem Kreditgeber höchstens nur zur Verzinsung dieser alsbald bereit gehaltenen Gelder verpflichtet seyn, und in kaufmännischer Art wird dieses damit vom Kreditgeber bezogen, daß er sich Provision nach Verhältniß des eröffneten Kredits berechnet, und solche dann wirklich bezieht, wo von dem eröffneten Kredit Gebrauch gemacht wird. Wird aber davon kein Gebrauch gemacht, so wird auch keine Provision bezogen, wenn nicht deren Bezahlung zum ausdrücklichen Gedinge erhoben worden ist. In der Regel wird daher selbst die vor der Kreditbenutzung bestehende Nebenverbindlichkeit des Kreditnehmers zur Zahlung der Provision als Zinsen für die bereit gehaltenen Gelder doch nur in und mit der Kreditbenutzung existent, und was gar keinen Zweifel mehr übrig lassen kann, daß die für den Kreditnehmer aus dem Geschäft entstehenden Verbindlichkeiten allein nur in der Kreditbenutzung, und von ihr an ohne Rückwirkung auf frühere Zeit entstehen, ist der Umstand, daß wenn die z. B. an einen andern Ort zur Deckung des eröffneten Kredits versendeten Gelder etwa durch das Fallment des zur Zahlung Angewiesenen verloren gehen, der Verlust nicht den Kreditnehmer, sondern den Kreditgeber trifft. Ein Beweis, daß vor der Kreditbenutzung von Seiten des Kreditnehmers keine Verbindlichkeit gegen den Kreditgeber besteht, also für eine nicht bestehende Verbindlichkeit auch kein Pfandrecht wirken kann.

Scheint es unter diesen Voraussetzungen daegethan zu seyn, daß weder die Krediteröffnung, noch die dafür ertheilte Pfandbestellung bedingte Rechtsgeschäfte, also auch, daß auf sie die Grundsätze übee Bedingungen nicht anwendbar sind, so frägt es sich, ob denn überhaupt für die Krediteröffnung alsbald ein Pfandrecht bestellt werden kann, oder ob nicht damit bis zur Kreditbenutzung zugewartet werden muß?

Das römische Recht kannte das mit der Krediteröffnung verwandte Rechtsgeschäft der über die See versendeten dargeliehenen Gelder — pecunia trajectitia, nauticum foenus — wo zwar das Darleihen alsbald abgeschlossen war, jedoch der Ausleiher die Gefahr bis zur Ankunft der Gelder trug, dafür aber 12 % Zinsen sich berechnete. Für ein solches nauticum foenus konnte nun allerdings eine Hypothek verwilligt werden, und in so fern man die Eröffnung eines Kredits auf einen andern Platz als ein der pecunia trajectitia ähnliches Geschäft ansehen wollte, könnte man aus Rechtsähnlichkeit wenigstens behaupten, daß auch nach unserm Landrecht für Krediteröffnungen auf einen andern Platz um so mehr eine Pfandbestellung zuläßig seie, als ja der Kreditgeber nicht am Platz der Kreditbenutzung wohnt, also von dieser Benutzung nicht alsbaldige Kenntniß hat, und sonach für seine bereits wirklich dargeliehenen Gelder um so weniger alsbald eine Pfandsicherheit erhalten kann, als auch der Kreditnehmer nicht mehr am Platz der Krediteröffnung sich befindet, und sonach erst von ferne her ein Pfandrecht konstituiren müßte, woran ihm nach einmal erhaltenen Geldern nicht mehr so viel gelegen seyn wird. Allerdings befindet sich sonach der Kreditgeber bei der Krediteröffnung in einer die Sicherheit der Rückerstattung der kreditirten Gelder sehr gefährdenden Lage, und man wird sich deßhalb zur Sicherung des Handels, der vielfach von Krediteröffnungen abhängt, sehr geneigt finden, solche Pfandbestellungen alsbald zuzulassen. Nichtsdestoweniger kann auf das nauticum foenus bei uns kein Gewicht gelegt werden, weil gerade zwischen ihm und der Krediteröffnung die wesentliche Verschiedenheit besteht, daß bei dem erstern das Darlehen alsbald sicher und existent ist, während die Krediteröffnung erst das pactum de mutuo dando darstellt, und also nachzuweisen ist, daß für dergleichen Vertragszusagen schon ein Pfand bestellt werden kann, daß für eine erst später entstehende Schuld schon vorher ein Pfandrecht verwilligt werden darf. Kennt unser Pfandrecht ein pignus praeposterum des römischen Rechts, welches nach l. 5 pr. D. de pignore, l. 1, §. 1 D. qui potiores in pignore, l. 9 eodem und l. 4 D. quae res pignori vel hypothecae wenigstens dann zuläßig war, wenn das wirkliche Entstehen der Hauptverbindlichkeit nicht allein in den Händen des Schuldners und Pfandbestellers liegt, das ist ganz allein die Frage?

Es wird nun zwar in obigem Aufsatz unter Anführung mehrerer Rechtsverhältnisse des Verpächters ꝛc. behauptet, daß es zur Sicherstellung des Privatkredits nothwendig seie, die Pfandbestellung für künftige Schulden zuzulassen, allein gerade aus den angeführten Rechtsverhältnissen geht hervor, daß man dabei die ungewisse und erst in der Zukunft sich sicher bestimmende Größe der Schuld, mit dem Daseyn und der Existenz der Schuld selbst verwechselt.

In allen den angeführten Beispielen ist der Pachtvertrag, der Kauf ꝛc. fest abgeschlossen, und da kann es nach

Digitized by Google

L. R. S. 2148 Nr. 4 gar keinem Zweifel unterliegen, daß für die künftigen, ungewissen und unbestimmten Folgen von dergleichen bestehenden Rechtsgeschäften allerdings ein Pfandrecht gültig bestellt werden, und wirken kann. Bei der Krediteröffnung, als der Zusage, Geld herleihen zu wollen, besteht aber das Rechtsgeschäft der wirklichen Darleihe noch nicht selbst, und für solche Zusagen kann man ohne alle Erschütterung des Rechtsverkehrs die Behauptung aufstellen, daß dafür überhaupt kein gültiges Pfand bestellt, jedenfalls, daß das bestellte Pfand in keiner Weise früher wirksam seyn kann, als an jenem Tag, wo in Erfüllung der Zusage das zugesagte Rechtsgeschäft wirklich erst zu Stande kommt.

Die Zusage, ein Rechtsgeschäft eingehen zu wollen, ist noch nicht das Rechtsgeschäft selbst, und wenn, wie bei der Krediteröffnung, es ganz allein von der Willkühr des Kreditnehmers abhängt, ob er von dem Kredit Gebrauch machen will, so kann man gewiß sagen, daß bei der Krediteröffnung das Rechtsgeschäft der Darleihe selbst noch nicht zu Stande gekommen ist. Tag und Jahr der nur aus der Kreditbenutzung entspringenden Forderung läßt sich bei der Krediteröffnung noch gar nicht anführen, und bestimmen, er wird wenigstens in solchen Krediteröffnungen nicht bestimmt, und in so fern nach L. R. S. 2148 Nr. 3 zur Gültigkeit des Pfandeintrags nicht die Bestimmung des Tags und Jahrs des Titels des Pfandrechts, d. h. des Pfandvertrags, sondern der Forderung, wofür das Pfandrecht verwilligt wird, nöthig ist, so könnte man sagen, daß für Krediteröffnungen überhaupt denn kein gültiges Pfandrecht zu bestellen ist, wenn man davon ausgeht, daß eben das Pfandrecht nie auf das Rechtsgeschäft der Krediteröffnung, sondern nur auf das der Kreditbenutzung deßhalb gehen kann, weil nur von da an eine Forderung dann entspringt, wenn sich nicht der Kreditgeber auch für den Fall des nicht benutzten Kredits eine Entschädigung angedungen hätte.

Auf der andern Seite ist aber gerade bei unserer Einrichtung des Pfandwesens nicht zu verkennen, daß in den meisten Fällen das Pfandrecht bei der Pfandschreiberei eingetragen wird, ehe nur die Forderung selbst existent ist. Ja bei dem bedungenen Unterpfand für Darleihe wird sogar der Pfandvertrag vor dem Amtsrevisorat, dem aber der Eintrag in das Pfandbuch schon vorausgegangen seyn muß, für die Zusage eines Darlehens ausgefertigt, das Darlehen kommt selbst erst bei Auswechslung der Pfandurkunde gegen das zugesagte Geld zu Stande, und doch wirkt hier das Pfandrecht nicht erst von der Zeit der Ausfertigung des Pfandvertrags, sondern schon von der Zeit des Pfandeintrags durch die Pfandschreiberei, wo das Darlehen, und wo selbst das erst mit Ausfertigung der Pfandurkunde vor dem Amtsrevisorat zu Stande kommende Pfandrecht noch nicht bestand. Ist aber dieses der Fall, wirkt ein für die Zusage eines Darlehens verwilligtes Pfandrecht schon vor der Zusage von der Eintragung in das Pfandbuch, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch die Eintragung einer Krediteröffnung in das Pfandbuch von dieser Eintragung an dann wirken soll, wenn später von dem verwilligten Kredit Gebrauch gemacht wird. Es tritt ja hierbei ganz das Gleiche ein, was bei allen unsern bedungenen Pfandrechten für Darleihen vorkommt, und ob die Zwischenzeit der Krediteröffnung bis zur Kreditbenutzung eine größere als jene ist, welche bei unsern Pfandurkunden vom Tag der Eintragung in das Pfandbuch bis zum Tag der Quittung für das erhaltene Darlehen umläuft, kann als zufällig keine rechtliche Aenderung hervorrufen. Allerdings gilt alles dieses nach französischem Rechte nicht, weil dorten nach S. 2148, 2127 das bedungene Unterpfand zuerst als Vertrag zu Stande kommen muß, und erst dann als schon bestehendes Pfandrecht eingetragen wird. Bei uns wird aber nach dem II. Einführungs-Edikt §. 26 sonderbarer Weise genug, das Pfandrecht vor seinem Bestand schon eingetragen, und da eben sonst am Code civil nichts abgeändert ist, so bleibt es bei seiner Regel, daß die Pfandrechte vom Tag der Eintragung wirken, obschon es freilich besser gewesen wäre, dem Gläubiger nach geschehener Ausstellung der Pfandurkunde die Pflicht aufzuerlegen, nunmehr solche der Pfandschreiberei zum Eintrag vorzulegen, und erst von da an dem Pfand eine Wirkung zu ertheilen, denn allen Rechtsgrundsätzen zuwider läuft es, dem Pfandrecht für ein Darlehen von der Zeit der Eintragung vor der Pfandschreiberei da eine Wirkung zumal gegen Dritte beizulegen, wo weder das Pfandrecht selbst, noch das Hauptgeschäft des Darlehens rechtlich bestand.

Aus dem französischen Recht könnte man freilich noch einen nicht unwichtigen Grund gegen jede Zulässigkeit einer Pfandbestellung für das Geschäft der Krediteröffnung, wie es wenigstens am häufigsten vorkommt, dahin schöpfen, daß es in Zusammenstellung des S. 2127 und 2148 ein nicht zu bezweifelnder Umstand ist, wie bei bedungenen Unterpfändern alles, was sich auf die nothwendigen Erfordernisse des Pfandrechts bezieht, durch öffentliche Urkunden sichergestellt seyn muß. Nun ist es aber bei Kreditbenutzungen nirgends gebräuchlich, dafür öffentliche Urkunden auszustellen, sondern der Kreditnehmer bescheinigt oben dem Kreditzahler den Empfang der kreditirten Summe, und diese Quittung ist es, welche also den Gegenstand der Verbindlichkeit, die Größe der Schuld, und somit die mit Pfandrecht versehene Forderung selbst darstellt. Solche Privaturkunden können aber ganz willkührlich ausgestellt

Digitized by Google

und verfaßt werden, und läßt man nun die Wirkung des Pfandrechts auf den Tag der Krediteröffnung zu, so können die andern Gläubiger mit solchen Quittungen über benutzte Kredite auf das Schamloseste gespeelt werden, ohne auch nur im Stande zu seyn, etwas dagegen zu unternehmen, weil ja die Wirkung der Quittung auf den Tag der Krediteröffnung zurückgeht, der den zehn Tagen des Falliments des Kreditnehmers weit voranliegt. Nach französischem Recht würden sonach derlei Privatquittungen die wirkliche Kreditbenutzung nicht nachweisen können, und da jedenfalls auf die Kreditbenutzung es ankommt, so wäre das ganze Pfandrecht für die Krediteröffnung unwirksam, weil nicht mittelst öffentlicher Urkunde bewiesen ist, daß eine daraus entsprungene Forderung besteht. Alles dieses läßt sich aber bei uns nicht anführen, denn da bei allen unsern Pfandobligationen die eigentliche Urkunde über das mit Pfandrecht versehene Hauptgeschäft, nämlich die Quittung über das empfangene Darlehen selbst *eine Privaturkunde* ist, so sind nach unserm Recht, beklagenswerth genug, Privaturkunden bei dem bedungenen Pfandvertrage niegends ausgeschlossen, sondern sie sind es recht eigentlich, welche das Pfandrecht selbst bedingen, weil dieses als Nebenrecht nur mit dem Hauptrecht besteht, und wie gesagt, das Hauptrecht des Darlehens nur auf der unten an der Pfandurkunde angehängten Quittung beruht, welche, als nicht vom Amtsrevisor beglaubigt, nichts anderes als eine Privaturkunde ist. Damit beruht denn freilich wieder das ganze Rechtsinstitut des bedungenen Pfands nicht, wie man seither glaubte, auf öffentlichen Urkunden, sondern auf Privaturkunden, und daß man nicht schon durch die Noth auf diesen Uebelstand gekommen ist, ruht nur in der Ehrlichkeit des Volks. Wenn einmal ein Pfandschuldner die Richtigkeit der Quittung abläugnet, würden sich sämmtliche Pfandgläubiger bald überzeugen, daß ihre öffentliche Pfandurkunde, die ohnedies nicht nach den Bestimmungen der Notariatsordnung eine gültige ist, wenig oder gar keine Sicherheit gewährt.

Was folgt aber aus allem diesem? Viel oder wenig, wie man will. Viel, in so fern man von den Rechtsgrundsätzen unsers Landrechts ausgeht, daß ein Pfandrecht nur für eine bestehende Verbindlichkeit bestellt werden kann, und daß die Krediteröffnung hinsichtlich ihrer unter den Parthien beabsichtigten Rechtsfolgen nur ein pactum de mutuo dando ist, für welches um so weniger ein Pfandrecht zu bestellen ist, als selbst das bei der Kreditbenutzung zu Stande gekommene mutuum nur durch eine Privaturkunde erwiesen wird, solche aber zur Darlegung des Tags und Jahres und Titels der mit Pfandrecht versehenen Forderung nicht ausreicht. In keinem Fall kann man aber bei der Krediteröffnung von einem bedingten Rechtsgeschäft, und von den Grundsätzen der Bedingungen reden, und will man die Pfandbestellung zulassen, so ist kein wahrer Rechtsgrund ersichtlich, der seine Wirksamkeit über den Tag der Kreditbenutzung hinaussetzen könnte, da auch nur von da an die Pflicht der Rückerstattung der erhobenen Gelder existent, und nur zur Sicherung dieser Pflicht das Pfand bestellt wird. Wie sehr das Gesetz an dem Grundsatz festhält, daß das Pfandrecht in der Regel nicht über das Existentwerden der dadurch sicher gestellten Schulden hinauswirkt, selbst wenn es früher eingetragen wäre, folgt aus dem L. R. S. 2135, wornach das, wenn auch eingetragene Unterpfandsrecht der Ehefrau für den Ersatz der mit dem Manne gemachten Schulden, oder der ihr angefallenen Erbschaft nicht über den Tag der Schuld, oder der angefallenen Erbschaft hinauswirkt.

Wenig folgt aber daraus, wenn man sieht, wie in der Ein- und Ausführung der Grundsätze des Gesetzes über das Pfandwesen so gar keine Rücksicht darauf genommen wurde, ob denn die Art und Weise der angeordneten Bestellung des bedungenen Unterpfands mit den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzbuchs, und selbst mit den einzelnen Bestimmungen desselben über das Pfandwesen zusammentreffe. Man hat den Eintrag der Pfandrechte in die Pfandbücher der Zeit der Existenz des Pfandrechts selbst durch die Pfandurkunde vorangesetzt. Man hat die Oeffentlichkeit des Pfandwesens auf Privaturkunden gebaut, und wenn man schon mit Recht über die Unsicherheit des Pfandwesens nach dem Code civil klagt, so kann man nur noch mit mehr Grund über die Unsicherheit unsers Pfandrechts nach unserer Partikulargesetzgebung klagen. Und eben deßhalb wird man für die ganze Streitfrage der Wirksamkeit des Pfandrechts für Krediteröffnungen nur sagen können — es hat Jeder recht, und der hat am meisten Recht, der da sagt, er wisse nicht, was recht sei.

Sander.

II.

Von wann an wirkt das für eine Krediteröffnung bewilligte Pfandrecht?

Ob der Krediteröffnungsvertrag an sich ein bedingter oder unbedingter sei, ist für die aufgeworfene Frage unerheblich, darüber aber, daß der zum Vortheil eines Kredits geschlossene Pfandvertrag *kein bedingter* sei, ist mein verehrter Freund *Sander* den Beweis schuldig geblieben; er meint solches dadurch bewirkt zu haben, daß er anführt, es würde nur dann ein bedingter Pfandvertrag seyn, wenn z. B. verabredet wäre: „das Pfand sei

Digitized by Google

bewilligt, wenn der über die Pfandstücke bestehende Prozeß gewonnen werde." — Dieses Beispiel und die hier analogen Fälle erschöpfen jedoch keineswegs das ganze Gebiet der Vertragsbedingungen, sondern nur den Theil der für die Wirksamkeit einer Verbindlichkeit entscheidenden ungewissen Ereignisse, welche sich auf den Gegenstand der Verbindlichkeit unmittelbar beziehen.

Das Gesetz (Art. 1168) giebt aber den Begriff einer Suspensivbedingung viel weiter, indem es darunter jede ungewisse Begebenheit zählt, von welcher die Wirksamkeit einer Verbindlichkeit abhängig gemacht ist. Die Frage ist also nur die, ob die Thatsache der künftigen Benutzung eines durch Vertrag zugesagten Kredits zur Zeit, wo für diesen Kredit eine Hypothek bestellt wird, eine ungewisse Begebenheit sei? Diese Frage kann aber nur bejahend beantwortet werden.

Die Erörterung, ob der Kreditvertrag ein perfektes Rechtsgeschäft oder nur eine Vertragszusage sei, kann in vielfacher Beziehung erheblich seyn, allein für die Entscheidung der vorliegenden Frage ist sie völlig unfruchtbar, weil Art. 2132 und 2148 Nr. 4 aufs Bestimmteste gestatten, daß eine Konventionalhypothek bestellt werden könne zum Vortheil von Rechten und Verbindlichkeiten, deren Entstehung noch ungewiß ist, wenn nur der Werth solcher Rechte in der Pfandurkunde und dem Pfandeintrage zu einer bestimmten Summe angeschlagen ist.

Ob also zwischen denen, welche einen Pfandvertrag schließen, schon ein Vertragsverhältniß besteht, welches, wie z. B. der Pacht, die künftige Existenz der Schuld jetzt schon gewiß macht, oder ob ein Vertragsverhältniß besteht, welches, wie z. B. Mandat, Handelsgeschäft, Kreditöffnung, die künftige Existenz der Verbindlichkeit nur möglich macht, oder ob ein solches Vertragsverhältniß noch gar nicht eingegangen ist, sondern etwa nur beabsichtigt wird, auf alles dieses kömmt es so wenig an, als auf allgemeine Grundsätze über Nebenverträge und deren Verhältniß zu Hauptverträgen; da nach dem dürren Buchstaben der angeführten Gesetze, so wie nach dem in Annal. I. 187 und IV. 49 angedeuteten Geist und Zweck des Pfandrechts nun einmal positiv für den accessorischen Vertrag der Hypothekbestellung die singulären Vorschriften gegeben sind, daß solcher in Bezug auf eine Hauptverbindlichkeit, deren künftige Existenz noch völlig ungewiß ist, schlechthin geschlossen werden kann.

Daß aber ein Pfandrecht, welches für eine künftige Forderung bestellt ist, wenn später diese Forderung existent wird, seine Wirksamkeit nicht erst vom Tag der wirklich gewordenen Forderung, sondern vom Tag des bestellten Pfandrechts (d. h. der Inscription) an erhalte, dieses folgt nicht allein aus der Art. 1179 im Allgemeinen für bedingte Verbindlichkeiten gegebenen Vorschrift, sondern noch insbesondere aus der Art. 2131 für das Pfandrecht gegebenen Bestimmung, und aus dem Umstande, daß der Art. 2135 alle Ausnahmen von der Regel des Art. 2134 aufzählt, darunter aber den Fall, wo ein Pfandrecht für eine ungewisse künftige Forderung bestellt würde, nicht anführt. — Zwar wird hier, wie mein Freund richtig bemerkt, der analoge Fall, wo eine Ehefrau aus Ehesteuergeldern, die ihr erst während der Ehe anfielen oder aus Veräußerung ihrer Liegenschaften während der Ehe, Ersatzforderungen hat, dahin entschieden, daß das Pfandrecht für solche Forderungen erst mit der Existenz der Forderungen selbst wirksam werde; allein gleichzeitig wird in dem nämlichen Artikel der eben so analoge Fall hinsichtlich des Pfandrechts der Minderjährigen auf entgegengesetzte Weise bestimmt; es kann also hier nicht die Analogie, sondern nur der Grundsatz entscheiden, daß Ausnahmsbestimmungen streng zu interpretiren sind, und daß Ausnahmen zu Befestigung der Regel dienen.

Was übrigens die Anomalie anlangt, daß hiernach einem Nebenvertrag eine Art von Selbstständigkeit eingeräumt ist, welche mit der accessorischen Natur unvereinbar scheint, und was den von Sander am Schluß seines Aufsatzes gerügten Mißstand betrifft, daß die solenne Form, welche für diesen Nebenvertrag vorgeschrieben ist, nicht auch für den jeweiligen Hauptvertrag im Gesetze verlangt ist; so darf nicht unbeachtet bleiben, daß nur diese Beschränkung der Privatwillkühr für den Zweck des Kredits erforderlich scheint, eine Beschränkung über diesen Zweck hinaus aber legislativ unstatthaft wäre.

Trefurt.

III.

Ueber Erwerbung des Bürgerrechts.

Der Aufsatz III. in Nr. 9 der Annalen I. J. behandelt zwei Fragen:

I. Hat Derjenige, welcher sich zum Antritt des angebornen Bürgerrechts meldet, nicht neben Volljährigkeit und Nahrungszweig, oder statt des letztern genügendes Vermögen, sich auch noch über guten Leumund auszuweisen? sodann

II. Kann die An- oder Aufnahme auch verlangt, und resp. nachgesucht werden, wenn der Bewerber nicht beabsichtigt, sich an dem Orte selbst niederzulassen?

Bei der ersten Frage ist dort die Ansicht ausgesprochen, daß man, bei dem Mangel fester Bestimmungen hierüber, sich mit analoger Anwendung der Bestimmungen in den §§. 18 und 19 des B. A. Gesetzes helfen müsse; es hat wohl aber der §. 10 des B. A. G. keine Lücke, daher auch eine analoge Anwendung anderer Gesetzesstellen weder für nöthig, noch zulässig gehalten werden dürfte.

Das neue Bürger-Annahms-Gesetz weicht von den früheren deßfallsigen Bestimmungen besonders darin ab, daß es die Uebersiedelung von einem Orte in den andern sehr erleichtert, es hat jedoch den natürlichen Ansprüchen auch die ihnen gebührenden Vorzüge in wohlgetroffener Stufenfolge eingeräumt.

Bevor zur Vertheidigung oben ausgesprochener Ansicht übergangen wird, ist es zweckmäßig, diese Stufenfolge hier voranzuschicken:

A. Der erste und leichteste Grad der Erwerbung des Bürgerrechts ist dem Bürgerssohn eingeräumt; es wird von ihm gefordert:

Digitized by Google

a) Volljährigkeit,
b) Nahrungszweig, bestehend in Vermögen, einer Wissenschaft, Kunst oder einem Gewerbe, wodurch der Unterhalt einer Familie gesichert ist. (§. 10.)

B. Der zweite Grad berücksichtigt den Staatsdiener-Sohn, der zur Erlangung des Bürgerrechts beizubringen hat: den Beweis über
a) Volljährigkeit,
b) Nahrungszweig,
c) Anstellung des — kein sonstiges angebornes oder angetretenes Bürgerrecht besitzenden Vaters in der Gemeinde. (§. 55.)

C. Der dritte Grad ist für die Einsassen; von ihnen wird gefordert:
a) Volljährigkeit,
b) Nahrungszweig,
c) zehnjähriger klagloser Aufenthalt in der Gemeinde. (§. 79, 80.)

D. Der vierte Grad ist demjenigen ortsfremden Inländer eingeräumt, welcher eine Bürgers-Wittwe oder Tochter ehelicht; er hat nachzuweisen:
a) Volljährigkeit,
b) einen Nahrungszweig, und außerdem
c) guten Leumund,
d) mit seiner Verlobten ein gemeinschaftliches Vermögen von 1000 fl., resp. 600 fl. oder 300 fl. (§. 28.)

E. Fünfter Grad: Ortsfremde Inländer, welche von dem Rechte der Uebersiedelung Gebrauch machen wollen; sie haben sich auszuweisen über:
a) Volljährigkeit,
b) Nahrungszweig,
c) guten Leumund,
d) ein reines eigenthümliches Vermögen von 1000 fl., resp. 600 fl. oder 300 fl. (§. 23.)

F. Sechster Grad für Ausländer; rücksichtlich dieser sind die Bedingungen:
a) Volljährigkeit,
b) Nahrungszweig,
c) guter Leumund,
d) doppelt so viel Vermögen als ein Inländer,
e) nicht Uebersetztseyn der Einwohnerschaft, oder seines Gewerbes,
f) Staatsbürgerrecht. (§. 40, 41.)

In gleichem Verhältnisse steigen die zu entrichtenden Taxen für die Erwerbung des Bürgerrechts.

Diese Zusammenstellung gibt ein anschauliches Bild der successiv steigenden Anforderungen, um in einen Gemeindsverband als actives Glied treten zu können; sie zeigt aber auch, daß der Gesetzgeber eine sorgfältige Wahl und Ordnung in diesee Beziehung getroffen hat. Betrachtet man dieselbe mit dem Gedanken an die Eingangs erwähnte erste Frage, so kann bei einer so sorgfältigen Ordnung nicht leicht die Wahrscheinlichkeit eines Versehens vermuthet werden.

Erwägt man nämlich, was nach §. 19 das Vorhandenseyn eines schlechten Leumundes begründet, und wollte man hiernach beim Antritt des angebornen Bürgerrechts verfahren, so wäre ein Mann, welcher zu einer mehr als zweijährigen Freiheitsstrafe, oder zur Dienstentsetzung verurtheilt war, nie mehr fähig, selbstständig in seinem Vaterland ein Gewerbe zu betreiben, oder eine Familie zu bilden; dieses würde aber nicht nur die größte Härte seyn, sondern auch hierdurch ein solches für sein ganzes Leben zurückgestoßenes Individuum mit Gewalt von jeder Besserung abgehalten werden, weil er weiß, daß er für die moralische Welt ein und für allemal todt ist; dieß kann weder der Wille der Staatsaufsicht, noch derjenige des Gesetzgebers seyn; während es sich vollkommen rechtfertigt, daß ein solches Individuum, bei welchem immerhin ehee ein Rückfall als bei einem gut Beleumundeten ein Verfall in ein Verbrechen zu befürchten ist, wo es also an der nöthigen Garantie, daß der die Aufnahme Nachsuchende fortwährend einer Familie den Lebensunterhalt auf rechtliche Weise genügend sichern werde, fehlt, daß ein solcher von einer Gemeinde, wo er kein Heimathsrecht, und welche daher keine Verpflichtung für ihn hat, aus dem Grunde des §. 19 zurück, und dorthin gewiesen werden kann, wo er nur die Bedingungen des §. 10 zu erfüllen hat.

Es wird also wohl mit Recht behauptet werden dürfen, daß bei der Antretung des Bürgerrechts jede Untersuchung, in wie weit etwa der §. 19 auf den Bittsteller angewendet werden kann, wegfallen muß, damit soll aber keineswegs behauptet seyn, daß ohne alle Rücksicht des Leumundes der Antritt des angebornen Bürgerrechts verlangt werden kann; sondern nur, daß hier sowohl die unmittelbare als annaloge Anwendung des §. 19 wegfällt, und nur sich streng an die in §. 10 gestellten Bedingungen gehalten werden kann, nämlich:

1) Volljährigkeit, dahin gehört aber nicht nur das Erforderniß, das 21ste Lebensjahr zurückgelegt zu haben, sondern auch der Genuß der Rechte eines Volljährigen; es können daher mit ihrem Gesuch um Antritt des Bürgerrechts zurückgewiesen werden:

Minderjährige, so lange sie nicht eo ipso durch das Gesetz, oder durch die competente Behörde für gewalts entlassen;

Mundtodte, so lange sie nicht für wieder befähigt erklärt sind, und bürgerlich Todte.

2) Vermögen oder Nahrungszweig, wodurch der Unterhalt einer Familie gesichert ist; wer also weder genug Vermögen hat, um aus dessen Ertrag ohne andere Einkommensquelle, wie z. B. ansehnliche Pension, eine Familie in Rücksicht der örtlichen Verhältnisse und des persönlichen Standes ernähren zu können, noch durch eine erstandene Prüfung nachweisen kann, daß er seine erlernte Wissenschaft, Kunst oder Gewerbe, wegen geistiger oder körperlichee Gebrechen ausüben kann oder darf, muß der Verweigerung der Erlaubniß zum Bürgerrechts-Antritt gewärtig seyn. Hierbei ist noch zu berücksichtigen, daß die Worte in Abs. 2 des §. 10: „den Unterhalt einer Familie sicheend" wohl nicht anders als eben angedeutet genommen werden düefen, so daß z. B. der Antritt des angebornen Bürgerrechts einem Manne, welcher eine Kunst oder ein Gewerbe treibt, dessen Produkte an dem Orte und in dessen Umgegend voraussichtlich weder verlangt noch consumirt werden, man also sagen könnte, daß, obgleich er einen Nahrungszweig gelernt, und zu dessen Ausübung befugt ist, es doch nicht wahrscheinlich ist, daß dadurch unter diesen Verhältnissen der Unterhalt einer Familie gesichert betrachtet werden dürfte, aus diesem Grund nicht

Digitized by Google

versagt werden kann; einmal, weil überhaupt Niemandem absolut verbietende Grenzen für den Absatz seiner Kunst- oder Gewerbsprodukte gesetzt werden können, und dann, wie unten näher darzustellen gesucht werden wird, der Antritt des Bürgerrechts nicht auch die Folge hat, daß der Antretende dort seinen Wohnsitz aufschlägt.

Die Frage ad II. wird von dem Einsender jenes Aufsatzes in Beziehung der Bürgeraufnahme verneint, in Bezug auf den Bürgerrechts-Antritt gegen eine in einem concreten Falle großherzogl. Ministerium des Innern ausgesprochene Ansicht bejahend beantwortet; allein nach §. 16 verglichen mit den §§. 50 — 53 muß wohl diese Frage unbedingt in jeder Beziehung bejahend beantwortet werden, denn während das vierte Kapitel des Bürger-Annahms-Gesetzes von den Rechten und Pflichten der ortsabwesenden Bürger handelt, und der §. 16 jede Beschränkung in diesen gesetzlichen Rechten als nicht erlaubt bezeichnet, ist wohl eine andere Auslegung nicht zulässig, weil sie gegen die klare Bestimmung des Gesetzes wäre, und der hier entgegengehaltene Mangel an Consumenten der betreffenden Gewerbsprodukte eben so wenig beachtet werden darf, als nach §. 41 das Uebersetztseyn der Producenten.

Was aber von der Bürger-Aufnahme in dieser Beziehung gilt, muß wohl ebenso für den Antritt des Bürgerrechts Rechtens seyn. Rheinländer.

IV.

Oberhofgericht und Hofgericht des Unterrheinkreises.

Keine Besitzklage wegen persönlicher Verbindlichkeiten.

Obgleich die Hofgerichte des Mittelrheinkreises (Annalen Jahrg. III. S. 17) und des Unterrheinkreises (Annalen Jahrg. II. S. 124) nach obigem Grundsatze entschieden, so hatte doch das Oberhofgericht im entgegengesetzten Sinne erkannt, wogegen die Redaktion der Annalen sich aussprach (in Annalen Jahrg. II. S. 76).

Allein durch ein Erkenntniß vom 3. April v. J. ist das Oberhofgericht (I. Senat) der Ansicht der Hofgerichte beigetreten, indem es ein von dem Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Senat) unterm 14. Novbr. v. J. erlassenes Urtheil „bestätigte und die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe ihrem ganzen Inhalte nach adoptirte." Diese Entscheidungsgründe lauten:

„Der Kläger verlangt, den drei Beklagten, nämlich der Frau des Buchhändlers O. und zweier Kommis desselben anzubefehlen:

1) ihm nach wie vor ungestörte Einsicht und Auskunft von allem, was er in Betreff des unabgetheilten Buchhandelsgeschäftes verlange, zu geben, daher

2) jeder Eigenmacht und Drohungen sich zu enthalten, und

3) alles, insbesondere die Schlüssel zu den Localitäten, worin die Objekte der Gesellschaft sich befinden, an den hergebrachten Ort zu restituiren, und nicht mehr vorzuenthalten."

„Der Kläger begründet diese Ansprüche auf mehrere mit dem Buchhändler O geschlossene Verträge und ein darin ihm eingeräumtes Mitrigenthum an der bisherigen Buchhandlung, Buchdruckerei und dem Papiergeschäft der Firma A. O. Er behauptet von den drei Beklagten, daß diese ihm die Einsicht der Bücher und der Localität, worin die gemeinschaftlichen Objekte sich befänden, verweigerten und mit Gewalt ihm gedroht hätten, und daß darin eine Besitzstörung enthalten wäre."

„Der Untergrichter wies den Kläger mit seiner Klage ab *), und zwar mit allem Rechte."

„Denn die Besitzklage trifft hier nicht den Schutz im Besitz einer körperlichen Sache, sondern den im Besitz von Vertragsrechten, also von unkörperlichen Sachen, und zwar von keinem Vertragsrechten, die auf unbewegliche Sachen sich beziehen, oder zu den unbeweglichen Sachen gehören, sondern von solchen, welche Begehungs- und Unterlassungshandlungen der Beklagten zum Gegenstande haben."

„Zum Schutz solcher unkörperlichen Sachen oder Obligationen gibt es keine possessorische, sondern nur petitorische Rechtsmittel (die ja, wenn ein abgekürztes Verfahren gewählt wird, eben so schnell zum Ziele führen, als Besitzklagen), und zwar bestätigt dieses das gemeine Recht

v. Savigny: über den Besitz, §. 49.

v. Wening-Ingenheim: Lehrbuch des Civilrechts. 3te Aufl. §. 112."

„Das französische Recht geht noch weiter, und verweigert Besitzklagen bei allen beweglichen Sachen, sie seien körperlich oder unkörperlich

Zachariä: Handbuch. 4te Aufl. I. §. 187 b.

Troplong: de la Prescription. Nr. 281."

„Da nun unsere Prozeßordnung in den §§. 743 und 744 und in den folgenden Paragraphen

v. Weiler: Motive zum Entwurfe der P. O. S. 58

die Bestimmungen des französischen Rechts mit der bisherigen Praxis (dem gemeinen Rechte) und unserm Landrechte zu vereinigen suchte, so läßt sich eine allen diesen Gesetzgebungen unbekannte Ausdehnung der Besitzklagen auf unkörperliche bewegliche Sachen nicht annehmen

Annalen Jahrg II. S. 75 (der Redaktion);

dieses hat auch der hiesige Gerichtshof schon früher anerkannt

Annalen Jahrg. II. S. 124,

und ebenso das Hofgericht des Mittelrheinkreises

Annalen Jahrg. III. S. 17."

„In so weit die Ansprüche des Klägers keine Besitzstörungen, sondern Ausübung des Miteigenthums und anderer Vertragsrechte betreffen, in so weit gehören sie nicht in das Gebiet einer Besitzklage, sondern sie bilden eine Klage, wodurch das Recht selbst verfolgt und geltend gemacht wird. Allein dergleichen Ansprüche können gemäß §. 757 der P. O. niemals zugleich mit einer Besitzklage vorgebracht werden; ja die Anstellung einer petitorischen Klage mit der possessorischen schließt einen Verzicht auf diese in sich

v. Weiler: Motive a. a. O. Nr. 9 f."

„Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 169 der P. O. rücksichtlich der Kosten würde ꝛc." Sommer.

*) Der Untergrichter wies die Klage lediglich aus dem Grunde ab, weil die Störungshandlungen im generellen Auftrag des Geschäftsherrn verrichtet betrachtet werden müßten, die Klage also gemäß §. 752 der Proz. Ord. nur gegen diesen angestellt werden könnte. S.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 20. Karlsruhe den 18. Mai 1839.

I.

Hofgericht Rastatt. Oberhofgericht.

Rechtsfall über die Zuständigkeit der Gerichte in Streitigkeiten über den Beitrag zu Gemeindsbedürfnissen, und insbesondere über die fernere Gültigkeit der Verordnung vom 9. Sept. 1815, Reg. Bl. 1815, Nr. XVI nach Einführung der Prozeßordnung.

Die Gemeinde Renchen verkaufte an D. Lind & Cons. ein Stück Gut, und verlangte von den Käufern, welche Ausmärker sind, einen Beitrag zu den Gemeindsbedürfnissen. Die Käufer weigerten sich dieser Zahlung auf den Grund, daß sie nach den Bedingungen ihres Kaufvertrags von der Pflicht des Beitrags zu Gemeindslasten befreit seien, und nachdem sich die Gemeinde Renchen deßhalb klagend an den bürgerlichen Richter gewendet hatte, ward sie mit ihrer Klage abgewiesen, indem der Unterrichter annahm, daß die Beklagten nach den Bedingungen ihres Kaufvertrags allerdings von dem Beitrag zu den Gemeindslasten der Klägerin befreit seien.

Dagegen ergriff die Klägerin die Appellation, und nach gepflogenen Verhandlungen ward zu Recht erkannt:

„Der amtliche Bescheid sei dahin abzuändern, daß den Beklagten Appellaten aus ihren Ankaufsbedingungen des Dachsschollen kein privatrechtlicher Befreiungsgrund vom Beitrag zu Kriegskosten und Gemeindsumlagen der Gemeinde Renchen auf dem erkauften Dachsschollen zustehe. Dieses unter ihrer Verfällung in die Kosten beider Instanzen."

Die Entscheidungsgründe lauteten:

Obschon der Streit zwischen den Parthien sich nur über 48 fl. entspann, welche den Beklagten als Beitrag zu den Kriegskosten und Gemeindsumlagen gefordert wurden, so erklärten doch die Beklagten selbst, daß es sich nicht sowohl darum, als vielmehr um die Forderung der klagenden Gemeinde an sie handle, überhaupt aus dem erkauften Dachsschollen Gemeindsumlagen zu zahlen. Darüber ist auch ganz allgemein das unterrichterliche Urtheil ergangen, weßhalb auch das jetzige Urtheil sich ebenso allgemein auf den Beitrag der Beklagten zu den Gemeindsumlagen der Klägerin beziehen muß.

Das Gut, von welchem die Klägerin nach seinem Steuerkapital einen Beitrag zu ihren Gemeindsbedürfnissen verlangt, liegt nun in der Gemarkung der Klägerin. Die Beklagten sind Bürger anderer Gemeinden, also Ausmärker nach ihrem Steuerkapital, und mit wie viel sie dazu beizutragen haben, das ist ein Gegenstand, welchen die Verwaltungsstellen nach den deßhalb bestehenden Gesetzen zu regeln haben.

Wenn jedoch die Freiheit von dergleichen Beiträgen zu Gemeindsbedürfnissen behauptet, und auf privatrechtliche Verhältnisse begründet wird, so gehört dieser Streit nach der Verordnung vom 9 Sept. 1815, (Regbl. Nr. XVI) zur Entscheidung vor die Gerichte, und da nun die Beklagten ihre Befreiung vom angeforderten Beitrag deßhalb behaupten, weil ihnen in den Steigerungsbedingungen über das von ihnen erkaufte Gut keine andere Abgaben angedungen worden seien als die an den Staat oder die aus einem grundherrlichen Verband hervorgehenden Abgaben, so behaupten sie einredend damit einen privatrechtlichen Befreiungstitel aus ihrem privatrechtlichen Kauf, und dieser Streit gehört sonach vor die bürgerlichen Gerichte.

Daß aber die in einer Gemeindsgemarkung liegenden Grundstücke, insofern ihnen nicht ein gesetzlicher hier nicht vorliegender Ausnahmstitel zusteht, zu einem nach ihrem Steuerkapital zu bemessenden Beitrag zu Gemeindsbedürfnissen im Allgemeinen und selbst dann verbunden sind, wenn sie Ausmärkern zugehören, das ist eine allgemein durch Gesetze, namentlich durch das neueste vom 28. August 1835 und zwar dergestalt festgestellte Thatsache, daß es nirgends nothwendig ist, daß bei dem Verkauf eines Grundstücks, mag er von der Gemeinde selbst oder einem Bürger aus-

Digitized by Google

gehen, dem Grundstück diese Last ausdrücklich auferlegt oder angedungen werden muß. Sie liegt, sowie einmal die dazu vom Gesetz erfoederten und von den Verwaltungsstellen zu regelnden Bedingungen vorhanden sind, auf dem Gut kraft Gesetzes, gerade wie die Grundsteuer des Staats darauf ruht, und wenn daher die Beklagten ihren privatrechtlichen Befreiungstitel von dieser Last nur darein setzen, daß ihnen solche im Ankauf des Guts nicht von der Klägerin anbedungen worden sei, so ist dieser Befreiungstitel schon deßhalb privatrechtlich unbegründet, weil diese Last kraft Gesetzes und nicht kraft Vertrages darauf gelegt ist, und weil gesetzliche Kosten eines Grundstücks zu ihrem Rechtsbestand kein ausdrückliches Gedinge verlangen. Dergleichen Beiträge der Grundstücke, wie die hier in Frage liegenden, stehen überdies eben als gesetzliche Lasten derselben den Staatsgrundsteuern gleich, und nach dem §. 4 des Steigerungsprotokolls des fraglichen Grundstücks, den Beklagten die Grundsteuern und etwaige andere auf dem Gut haftende Lasten auferlegt wurden, so sind darunter gerade die Beiträge zu Gemeindebedürfnissen, und den nach dem Grundsteuerkapital umzulegenden Gemeindsschulden zu verstehen, so daß also in keiner Weise aus dem Kauf der Beklagten eine privatrechtliche Befreiung von den geforderten Beiträgen zu entnehmen ist.

Da hiernach der von den Beklagten angesprochene Befreiungstitel aus ihrem Ankauf nicht bestand, so mußte dieses ausgesprochen und also das ergangene unterrichterliche Urtheil wie geschehen abgeändert werden. Eben weil aber bei dergleichen Streitigkeiten, wie die vorliegende, die richterliche Kompetenz nur eine auf privatrechtliche Befreiungstitel beschränkte ist, so mußte das diesseitige Urtheil sich auf die Verwerfung des von den Beklagten angesprochenen Befreiungstitel von den verlangten Beiträgen beschränken, und inwiefern sonst die Beklagten aus andern Gründen behaupten können, daß sie für an sie angeforderten Beiträge als Ausmärker nicht verhaftet sind, das ist eine vor die Verwaltungsstellen gehörige Sache, welche ihnen doeten vorzubringen durch das diesseitige Urtheil nicht genommen ist. Die Verurtheilung in die Kosten folgt für die Beklagten aus ihrem Unterliegen.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten die Oberappellation und erwirkten von dem Oberhofgericht das Urtheil:

„Es seien die Urtheile beider vordern Instanzen aufzuheben, und finde die Klage vor dem bürgerlichen Gerichte nicht Statt. Die Kosten des Streits in allen dreien Instanzen habe die Klägerin zu tragen.“

Die Entscheidungsgründe lauteten:

Der Gegenstand, welchen die Gemeinde Neuchen mit der vorliegenden Klage in Anspruch nimmt, ist die Beitragspflicht der Beklagten zu den bereits decretirten und zu den künftig dekretirt werdenden Gemeindeumlagen.

Wenn gleich in der Klage erzählungsweise angeführt ist, daß die Beklagten im J. 1818 den sogenannten Dachsschollen im Ekelsbosch (48¼) Morgen Feldes von der Klägerin erkauft auch die auf dem Gut haftenden Lasten übernommen haben, so geschah diese Anführung doch nur zur Bezeichnung der, andern Gemeinden angehörigen, Beklagten als Ausmärker der Gemeinde Neuchen, d. h. als auswärtige Besitzer von, in der klägerschen Gemarkung liegenden Grundstücken, deren Steuerkapital den Maßstab für die Größe des Beitrags zu den Gemeindslasten bildet. So wenig aus dem erwähnten Kaufvertrag als aus irgend einem andern privat- oder landrechtlichen Titel ist die Klage erhoben; sie stützt sich vielmehr, worüber die nähere Erläuterung in der Replik keinen Zweifel läßt, einzig und allein auf die Gemeindeverfassung, und auf die dieselbe betreffenden Gesetze, also auf einen Grund des öffentlichen Rechts, so wie auch der Gegenstand der Klage Verpflichtung zur Theilnahme an den Lasten der Gemeinde dem öffentlichen Recht angehört, worüber dem Civilrichter keine Kognition und Entscheidung zusteht.

Ausdrücklich weiset auch die Beilage Litt. D. §. 8. c. des Organisationsedikts von 1809 die Entscheidung über die Schuldigkeit, Art und Größe des Beitrags zu den Gemeindslasten an die Kreisdirektorien.

Aus dem Mangel der Zuständigkeit des Civilrichters folgt die Nichtigkeit seiner über diese Klage gepflogenen Verhandlungen sowohl als seiner darüber gegebenen Entscheidung, und er war daher auch nicht befugt, über eine in diesen nichtigen Verhandlungen vorgebrachte Einrede, mochte diese aus privatrechtlichen oder öffentlich rechtlichen Verhältnissen abgeleitet seyn, zu entscheiden.

Die in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen angeführte Erläuterung vom 9. Sept. 1815 (Regbl. XVI), die Gerichtsbarkeit der Kreisdirektorien betreffend, enthält keine Bestimmung, aus welcher sich im vorliegenden Falle die Kompetenz des Hofgerichts zur Entscheidung über die von den Beklagten vorgeschützte Einrede der vertragsmäßigen Freiheit von der gesetzlichen Beitragspflicht rechtfertigen ließe, denn die hieher bezügliche Stelle jener Erläuterung besagt nur, daß, wenn bei den einzelnen Subrepartitionen der öffentlichen Prästanden, oder bei Entschädigungsforderungen einer Gemeinde an die andern oder eines Einzelnen in der Gemeinde an dieselbe Ansprüche und Widersprüche, begründet auf privatrechtliche Verhältnisse, entstehen, alsdann das Kreisdirektorium die Sache nur gehörig instruiren und in statum judicandi setzen, sofort mit seiner Ansicht

Digitized by Google

an das betreffende Hofgericht schicken soll. Ueberdies kann diese mit den Vorscheisten dee neuen Peozeßordnung übee den Gerichtsstand und die Bedingungen und Voraussetzungen dee civilrichterlichen Thätigkeit im Widerspeuch stehende Bestimmung fortan nicht mehe wiekfam seyn.

Hiernach erscheint die von den Beklagten Oberappellanten eventuell aufgestellte Beschweede gegen das hofgeeichtliche Urtheil, daß nicht eekannt worden sei, es sei der amtliche Bescheid wegen fehlendee Zuständigkeit der Gerichte aufzuheben, und die klagende Gemeinde an die kompetente Administrativbehörde zu verweisen, als wohl begeündet, und es war darnach, wie in dieser Instanz geschehen, zu erkennen, und die Klägerin zufolge des §. 169 der Peozeßordnung in die Kosten zu verfällen.

Bemerkungen des Einsenders.

Wenn die Entscheidung dieses Rechtsstreits daeauf beruhen würde, daß, so wie geschehen, hätte eekannt weeden müssen, weil die Klage selbst auf keinem peivatrechtlichen Grunde beeuhe, und es alsdann auf den Charakter der zu entscheidenden Eineede, ob solche privateechtlich sei oder nicht, in keinen Stücken ankommen dürfe, odee weil bei den Besonderheiten des einzelnen Falls die Verordnung vom 9. Sept. 1815 darauf nicht anwendbae sei, so wüede ich mie darüber keine Bemerkung erlauben, denn im ersten Falle käme es auf peozessualische Sätze an, welche einer vielfachen Deutung fähig sind, und im andeen Fall müßte man in die Einzelnheiten des Falls eingehen, ohne daraus für andeee Fälle ein sonderliches praktisches Inteeesse ziehen zu können. Allein die Entscheidung dieses Falls, sicherlich wenigstens die Fortwirkung der allgemein veefaßten Entscheidungsgründe beruht darauf, daß dem bürgerlichen Richter über eine Veepflichtung zur Theilnahme an den Lasten einee Gemeinde als dem öffentlichen Rechte angehörig überhaupt keine Kognition und Entscheidung zustehe, und daß die mit den Vorschriften dee neuen Prozeßordnung über den Gerichtsstand und die Bedingungen der civilrichterlichen Thätigkeit im Widerspeuch stehende Veeordnung vom 9. Sept. 1815 fortan nicht mehr wirksam sei, und diese Grundsätze sind zu wichtig, um nicht einee nähern Besprechung ausgesetzt werden zu müssen.

Wären diese Sätze richtig, wäre es insbesondere als gewiß anzunehmen, daß die Verordnung vom 9. Sept. 1815 nicht fürder in ihrem Inhalt wirksam sei, so würde daraus, weil die Veeordnung vom 9. Sept. 1815 eine Beschränkung dee den Kreisdirektorien im Organisationsedikt vom J. 1809 zugetheilten Administrativjustiz war, mit Gewißheit folgen, daß nunmehr diese Beschränkung wegfallen, und daß alsdann, weil sonst niegends eine andere Beschränkung in Beziehung auf die Beilage Litt. D. §. 8. c. besteht, diese Administeativjustiz der Kreisregierungen wieder dahin einteeten müßte, daß unangesehen eines behaupteten peivatrechtlichen Befreiungstitels die Kreisregierungen über die Schuldigkeit, Art und Größe des Beitrags der Intreffenten und Unterthanen zu direkten und indirekten Steuern, Kontributionen, Peesonal- und Real-, Staats- oder Gemeindslasten, Vergütungen von Kriegsschaden, öffentlichen Baulichkeiten an Gebäuden, wegen Brücken, Flüssen und andeen gemeinnützigen vom Staat veroedneten Unteenehmungen mit vollständigem Ausschluß des Civilrichters zu erkennen hätten. Damit würde die Administrativjustiz dee Kreisregierungen eine bedeutende Ausdehnung erhalten, eine Ausdehnung, welche weiter gienge als der Geund dee Administrativjustiz, indem dieser nur darin liegt, daß in einem Streit eine causa publica befangen ist, während bei den hiee vorgebrachten peivatrechtlichen Befreiungstiteln nur diese Verhältnisse des Peivatrechts in Feage stehen, und als solche vom bürgerlichen Richter zu entscheiden sind, ohne daduech der Kompetenz dee Verwaltungsstellen über die Aet und Geöße der seaglichen öffentlichen Prästanden vorzugreifen. Daß man dieses ganz wohl thun kann, beweist das hofgerichtliche Urtheil, wodurch nur der behauptete peivatrechtliche Befeeiungstitel als unbegeündet vom Richter verwoefen und alles übrige der Verwaltungsstelle überlassen wurde.

Wäre der Satz richtig, daß die im J. 1815 für nöthig erachtete Beschränkung der Administrativjustiz wegen Unverträglichkeit dee Peozeßoednung mit der Veroednung vom 9. Sept. 1815 nicht mehr beständee, so müßte die Gesetzgebung sobald als möglich einscheeiten, und den richtigen Grundsatz der Veeordnung vom 9. Sept. 1815 wiedeeherstellen, daß sich die Administrativjustiz auf die Entscheidung derjenigen Steeite zu beschränken hat, wo eine causa publica als solche voeliegt, und daß Streitigkeiten, welche eine Befreiung von öffentlichen Beiträgen aus privateechtlichen Titeln betreffen, vom Civilrichtee zu entscheiden sind, denn das wäee doch wahrlich ein staekee Rückschritt, wenn man im J. 1839 hintee das Jahr 1815 zueückgehen wollte.

Allein mir scheint diesee Satz übeehaupt nicht mit Grund aufgestellt werden zu können. Betrachtet man nämlich die sich als authentische Auslegung des Organisationsedikts vom J. 1809 erklärende Verordnung vom 9. Sept. 1815, so geht ihr Hauptzweck dahin, die allgemein eingeführte Kompetenz der Verwaltungsstellen in den betreffenden Fällen zu beschränken, und übee privatrechtliche Fragen dem büegerlichen Richter zu übertragen. Wenn nun auch die Verordnung vom 9. Sept. 1815 in letzter Hinsicht zugleich

Digitized by Google

einen eigenthümlichen modus procedendi dahin eingeführt hat, daß solche Fragen von den Kreisdirektorien in statum judicandi gesetzt, und alsdann zur Entscheidung an das Hofgericht abgegeben werden sollen, so war diese Bestimmung des modus procedendi offenbar nicht der Hauptzweck der authentischen Interpretation des Organisationsedikts vom J. 1809, sondern man wollte nur nach der hauptsächlich geschehenen Einführung der civilrichterlichen Kompetenz zumal bei der großen Unvollständigkeit des damaligen Prozeß-Verfahrens einen besondern modus procedendi schaffen, ohne gerade für alle Zukunft die Zulässigkeit der civilrichterlichen Kompetenz an diesen modus procedendi zu binden.

Wenn nun aber im J. 1832 eine neue allgemeine Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Kraft trat, und wenn nach ihrem §. 2 den Verwaltungsstellen das Recht der Verhandlung und Entscheidung nur in denjenigen bürgerlichen Streitsachen zugestanden ist, welche durch ausdrückliche Gesetze an sie gewiesen sind; wenn sodann eine aus privatrechtlichen Befreiungstiteln entspringende Streitigkeit über die hier in Frage stehenden Beiträge zu öffentlichen Lasten, arg. des §. 4 der Prozeßordnung, schon ihrer Natur nach eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist, und durch die authentische Interpretation vom 9. Sept. 1815 ausdrücklich zur Entscheidung vor den bürgerlichen Richter verwiesen worden ist, so entstand für den hier vorliegenden Streit die Frage, soll nach Erscheinen der neuen Prozeßordnung die früher auf den bürgerlichen Richter übertragene Entscheidung des Streits auf die Verwaltungsstelle übergehen, weil diese früher die Verhandlung zu leiten hatte, oder soll nunmehr die Verhandlung nicht auch auf den bürgerlichen Richter übergehen, weil diesem früher die Entscheidung des Streits zustand? Diese Frage war nun meines Erachtens im letztern Sinn zu beantworten. Der urtheilende Richter ist schon an und für sich gegenüber dem nur verhandelnden Richter die Hauptperson, weil er in seiner Entscheidung der Sache selbst auch über die Verhandlung und über ihre Richtigkeit zu entscheiden hat, und als Stärkerer wird er eher die Verhandlung zu sich ziehen können, als daß der verhandelnde Richter die Entscheidung zu sich zieht. Wenn sodann ein früheres die Kompetenz des Civilrichters als Hauptfrage bestimmendes die Verhandlung nur nebenbei anordnendes Gesetz nicht geändert wurde, und wenn nun ein allgemeines alle Verhandlungen bürgerlicher Streitigkeiten bestimmendes Gesetz erschien, so ist es viel natürlicher zu sagen, daß durch letzteres die frühere Verhandlungsweise eines bürgerlich gewesenen und gebliebenen Streits abgeändert wurde, als daß man behauptet, daß nunmehr die Natur des frühern bürgerlichen Rechtsstreits deßhalb sich ändere, weil die frühere Verhandlungsweise sich nicht mit der jetzigen vertrage, indem hier lediglich nichts anderes eintritt, als was überhaupt bei dem modus procedendi eintritt, nämlich die Aufhebung des alten Prozeß-Verfahrens durch das neue.

Wollte man aber behaupten, daß die Verordnung vom 9. Sept. 1815 als specielles Gesetz von der allgemeinen Prozeßordnung nicht getroffen werden kann, so folgt daraus keineswegs, wie man behauptete, die Unwirksamkeit der Verordnung vom 9. Sept. 1815, sondern nur ihre fernere Fortdauer, denn gleich wie alsdann die Verhandlung nach der Verordnung vom 9. Sept. 1815 zur allgemeinen Prozeßordnung sagen kann, daß bei ihrer besondern Natur die allgemeine Vorschrift der Prozeßordnung keine Einwirkung habe, so kann die Entscheidung nach der Verordnung vom 9. Sept. 1815 noch mit viel mehr Recht zur Prozeßordnung sagen, daß diese überhaupt nicht zum Zweck habe, die durch besondere Gesetze bestimmte Competenz des bürgerlichen Richters zu ändern, und wenn man also schon vornen herein behauptet, daß die Prozeßordnung nicht im Stande seie die Verhandlungsweise der Verordnung vom 9. Sept. 1815 zu ändern, so bleibt diese Verhandlungsweise stehen, und dann ist nicht einzusehen, warum die Entscheidungsweise bei nicht abgeänderter Verhandlungsweise sich durch die Prozeßordnung verändern solle. Gerade in der nicht geänderten Verhandlungsweise der Verordnung vom 9. Sept. 1815 würde die Entscheidung des bürgerlichen Richters ihren Weg noch finden und haben.

Wie gesagt, entweder ändert die neue Prozeßordnung die nur nebenbei in der Verordnung vom 9. Sept. 1815 ertheilte Verhandlungsweise der betreffenden Streitsachen dahin, daß solche nunmehr in der Verhandlung und Entscheidung dem bürgerlichen Richter zustehen, oder die Verhandlungsweise der Verordnung vom 9. Sept. 1815 dauert neben der Prozeßordnung mit sammt der Entscheidung durch den bürgerlichen Richter fort. Ersteres halte ich für die richtige Meinung. Unwirksam und in der Bestimmung der Verhandlung wie der Entscheidung aufgehoben, kann aber die Verordnung vom 9. Sept. 1815 in keinem Falle seyn.

Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 25. Mai 1839.

Einiges über die vaterländische Gesetzgebung, die Ehestreitigkeiten und die Auflösung der Ehe betreffend.

(Fortsetzung.)

§. 11. Nach den vorangeschickten Bemerkungen über den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung hinsichtlich der Scheidung aus bestimmter Ursache und der Darstellung der Nothwendigkeit eines Einschreitens der gesetzgebenden Gewalt, erlaubt man sich, unmaßgeblich Vorschläge über die zu treffenden Aenderungen mitzutheilen. — Im Allgemeinen dürften folgende Gesichtspunkte festzustellen seyn.

I. Es wäre vorzugsweise die civilrechtliche Natur der Ehescheidung, als Vertragsauflösung, zur Grundlage zu nehmen;

II. zugleich aber Vorkehr zu treffen, daß bei der civilrechtlichen Behandlung das zuverlässig in Ehescheidungssachen konkurrirende staatsrechtliche Interesse auf eine entsprechende Weise gewahrt werde. —

Hiernach möchte, so viel als thunlich, von den landrechtlichen Vorschriften gerettet und, da, wo solche theils wegen unserer Staatsorganisation, die namentlich keine Collegialgerichte erster Instanz kennt, theils wegen wirklicher vorhandener Lücken nicht ausreichen, mit Beseitigung der ältern Gesetze (Eheordnung ꝛc.) die Civilprozeßordnung mit geeigneten Beschränkungen dem Scheidungsverfahren angepaßt werden.

Einige Folgerungen hieraus wären:

1. Die Ehescheidungsklagen sollten bei dem ordentlichen civilrichterlichen Forum erster Instanz der Ehegatten, gleichviel, ob jenes von einem Einzel-Richter oder von einem Kollegium repräsentirt wird, verhandelt und entschieden werden. — Die Klage auf Ehescheidung ist nämlich immer eine persönliche Klage und es liegt kein genügender Grund vor, bei dieser einzelnen Art persönlicher Klagen die Verhandlung und Entscheidung an verschiedene Gerichte zu verweisen, da der gewöhnliche Richter erster Instanz ja ermächtigt ist, nicht nur über alle, der Streitsumme nach, noch so bedeutende Gegenstände, sondern insbesondere auch über alle, den Familienstand betreffende Fragen, welche, wie z. B. der Streit über die Ehelichkeit eines Kindes u. dgl., von den wichtigsten Einflüssen auf das Familienwohl sind, zu erkennen. —

Eine Schwierigkeit bot zwar bisher der L. R. S. 298, wonach diejenige Behörde, welche wegen Ehebruchs der Frau die Ehescheidung ausspricht, zugleich die Ehebrecherin zu einer wenigstens dreimonatlichen Einsperrung im Arbeitshause verurtheilen mußte, welche Strafe, ihrem Maße nach, die Kompetenz der Aemter überschreitet. Da jedoch nach §. 283 ff. des Entwurfs eines neuern Strafgesetzbuchs die Untersuchung und Bestrafung des Ehebruchs neben der Ehescheidungsverhandlung Statt finden dürfte, die Bestrafung also nicht mehr im Scheidungserkenntnisse selbst, wohin sie in der That auch nicht gehörte, auszusprechen wäre, so fällt obige Schwierigkeit hinweg.

2. Die sonstigen, von der Wichtigkeit des Gegenstands entlehnten Bedenklichkeiten, die Urtheilsfällung zugleich den verhandelnden Aemtern zu überlassen, werden auch noch dadurch gehoben, wenn, in Bezug auf das oben unter Nr. II. bemerkte, zu Wahrung des öffentlichen Interesses dem Staatsanwalte die Stellung wieder eingeräumt wird, welche ihm das Landrecht zu dem fraglichen Zwecke angewiesen hatte. Nachdem die Staatsanwaltschaft für andere Justizsachen, deren Erledigung auf die Staatsordnung von Einfluß ist (die Strafrechtspflege), eingeführt wurde, kann solche, ohne daß in Bezug auf die übrigen civilrechtlichen Gegenstände (bei welchen die Staatswohlfahrt nicht unmittelbar betheiligt ist) eine Anomalie eintreten würde, auch auf Ehescheidungssachen ausgedehnt werden. Es fungiren zwar bis jetzt nur Staatsanwälte bei den Obergerichten, da aber im Ganzen die Ehescheidungssachen nicht sehr häufig vorkommen, so könnte die Bestellung besonderer Staatsanwälte für die Aemter umgangen und das fragliche Geschäft auch für die erste Instanz den hofgerichtlichen Staatsanwälten übertragen werden.

Digitized by Google

Der Staatsanwalt dürfte, wie der Text des Landrechts verordnet, über die Anträge der Partheien zu vernehmen seyn, und es wäre ihm, statt des in Frankreich gestatteten Rechtsmittels der Cassation, in gewissen Fällen die Ergreifung der Appellation zu erlauben. Bei Scheidungen aus bestimmter Ursache werden jedoch die Fälle seltener, als etwa bei der nachher zu erwähnenden Scheidung aus wechselseitiger Einwilligung seyn, da bei jener die einander entgegenstehenden Gatten in der Regel getrennte Interessen haben, weshalb Derjenige, welcher sich durch eine Entscheidung gekränkt fühlt, schon selbst das geeignete Rechtsmittel ergreifen wird. — Hinsichtlich des in beschränkterem Maße hier auszuübenden Appellationsrechtes dürfte es daher genügen, in der dem Staatsanwalte vom großherzoglichen Justizministerium zu ertheilenden Instruktion das Geeignete aufzunehmen.

3. Der Instanzenzug würde an das Hofgericht und Oberhofgericht gehen. Die Wichtigkeit der Ehescheidungssachen möchte es räthlich machen, nach Analogie der Bestimmung der §§. 1175 Nr. 7 und 1177 auch die dritte Instanz (wo solche überhaupt Statt finden kann — wenn nämlich ein Amt in erster Instanz erkannt hatte —) zu bewilligen.

4. Das Verfahren in zweiter und dritter Instanz hätte sich nach den Bestimmungen der Prozeßordnung in soweit zu richten, als nach Einreichung der Beschwerdeschrift dann mündlich verhandelt wird. Es können auch namentlich die Vorschriften der §§. 1097—99 (über die Oeffentlichkeit) ihre Anwendung finden. — Als besondere Normen dürfte als räthlich erscheinen, festzusetzen:

a) daß bei Ergreifung der Appellation die Nothfristen des abgekürzten Verfahrens zu beobachten seien. — Das Familienwohl erheischt nämlich eine schnelle Erledigung der Ehescheidungsprocesse, weshalb schon L. R. S. 262 vorschrieb, daß sie in der zweiten Instanz als eilende Sachen zu behandeln seien.

b) Daß die Zulässigkeit des Rechtsmittels streng von Beobachtung jener Nothfristen abhängig werde, daher die Nothwendigkeit der Erlassung eines Versäumungserkenntnisses und die nachher noch gestattete vierzehn- und beziehungsweise achttägige Wiederherstellungsfrist der gewöhnlichen Rechtsstreite hier hinwegfielen; eine Wiederherstellung nach Umfluß der Nothfrist selbst höchstens nur wegen Krankheit, Abwesenheit oder höherer Gewalt gestattet werde. Es scheint übrigens aus dem Satze 263 hervorzugehen, daß nicht einmal diese Wiederherstellung zugelassen werden wollte. Jedenfalls kann sie wegen Abwesenheit nicht überall Statt finden, da in manchen Fällen gerade die Abwesenheit des Beklagten vor den Scheidungsverhandlungen den Scheidungsgrund bildet, wie z. B. wenn der Beklagte für verschollen erklärt oder landflüchtig ist. Hier würde er seyn, durch die Entfernung dem andern Gatten zugefügtes Unrecht unmöglich damit wieder heilen können, daß er nach Umfluß der Appellationsnothfrist und nachdem er den Verhandlungen nicht beigewohnt hatte, sich auf den Grund jener Abwesenheit eine Wiederherstellung gegen das Scheidungsurtheil erwirken wollte.

c) In der Appellations- und Oberappellations-Instanz dürfte der Vortrag neuer Thatsachen und neuer Beweismittel nicht zugelassen werden. Es ergiebt sich nämlich bei Vergleichung der Landrechtsätze 236. 242. 249 und 274, daß Alles, was in thatsächlicher Hinsicht der Scheidungsklage und den Einreden gegen dieselbe zu Grund gelegt werden will, in erster Instanz schon völlig festgestellt und mit allen zu benutzenden Beweismitteln versehen seyn soll. —

5. Eine Abnormität muß in den seltenen Fällen immer bleiben, wenn die Gatten ihr forum personale vor dem Hofgerichte selbst haben. Hier kann die Verhandlung nur von einem, von dem Gerichtsvorstande ernannten Kommissär gepflogen werden, welcher auch alle Zwischenverfügungen gleich dem Einzeln-Richter zu treffen und über die provisorischen Maßregeln selbst zu erkennen hätte. Für die Behandlung der Decisiv-Entscheidungen dürfte dann am zweckmäßigsten die Form zu wählen seyn, welche in den §§. 11. 26 ff. der Proceßordnung für gewisse Fälle, in denen eine mündliche Rechtsausführung unterbleibt, vorgeschrieben ist. Es wäre nämlich ein schriftlicher, auf das Thatsächliche der Verhandlungen und die Anträge der Partheien, so wie die Aufstellung der zu würdigenden Rechtsfragen sich beschränkender Vortrag zu erstatten und dann nach geheimer Berathung zu entscheiden. Diese Behandlung möchte um so mehr sich empfehlen lassen, als sie den Vorschriften der L. R. S. 246 und 257 sich am meisten nähert und bei Einrichtung von Kollegialgerichten erster Instanz auch bei diesen ihre Anwendung finden könnte.

6. Die Fassung der Urtheile anlangend, so dürfte aus derselben Ursache, aus welcher Urtheilen in Civilsachen die Entscheidungsgründe beigefügt werden müssen, dieses auch bei Urtheilen in Ehescheidungssachen zu geschehen haben.

7. Hinsichtlich der in Scheidungssachen zulässigen Beweismittel spricht das Landrecht ausdrücklich nur von Zeugen und Urkunden. In Bezug auf sonstige Beweismittel könnten nun, namentlich wegen des wieder hervorgerufenen ältern Rechts mancherlei Zweifel entstehn. Des Geständnisses erwähnt das Landrecht einmal gelegenheitlich, indem Satz 244 sagt, daß etwaige Geständnisse zu Protokoll genommen werden sollen. Die Eheordnung setzte in §. 65 b. fest, daß ein Geständniß nur dann

Digitized by Google

hinreichen soll, wenn es noch anderwärts her solche Unterstützung habe, um derentwillen man vernünftiger Weise annehmen könnte, daß Wahrheit und nicht wechselseitiger Vortheil das Geständniß geformt habe — Die Eheordnung verbietet in §. 65 c. den Haupteid, bemerkt aber über den Notheid:

„Wohl aber kann und soll der Richter, wo ein oder der andere Theil rechtserhebliche, aber nicht hinlänglich erwiesene, doch auch nicht ganz unerwiesen gebliebene Umstände vorgebracht hat, deren Bestätigung oder Verläugnung auf den Eid desjenigen Theils aussagen, von welchem er nach den Umständen am Sichersten die Wahrheit zu erfahren hofft." — Da das Landrecht in der Lehre von der Eheordnung über diesen Punkt schweigt, so liegt eine buchstäbliche Abänderung, wie das I. E. Ed. sich ausdrückt, nicht vor, es hätte daher der erwähnte passus, so weit die allgemeinen Vorschriften des Landrechts über den Eid im einzelnen Falle nicht entgegenstünden, noch zur Anwendung gebracht werden dürfen. — Es scheint indessen kein Fall vorgekommen zu seyn, in welchem Solches geschah. —

Die Ausleger des französischen Civilgesetzbuchs und die französischen Obergerichte hielten es stets als mit dem Geiste des Gesetzbuchs unvereinbarlich, in Ehescheidungssachen auf Notheide zu erkennen. Die Gründe hierfür sind ganz dieselben, aus denen man den Haupteid und das Geständniß ausschloß. *) Damit jedoch in unserm Vaterlande alle Zweifel in dieser Beziehung beseitigt werden und die erwähnte Vorschrift der Eheordnung erlösche, möchte der Gesetzgeber sich auch über den fraglichen Punkt auszusprechen haben.

8. Nur eine, dem Landrechtstexte völlig unbekannte Bestimmung der Eheordnung dürfte sich dazu eignen, mit Gesetzeskraft auch für die Zukunft sanctioniet zu bleiben. Es ist jene des §. 62. Da nämlich bei Schließung der Ehe die Amtsthätigkeit der Pfarrer, selbst abgesehen von der kirchlichen Trauung, vielfältig in Anspruch genommen und da sie überall als Mitbeamte in Bezug auf Gegenstände der Sittenpolizei in unsrer Gesetzgebung angesehen werden, da endlich auch außerdem eine mehrfache Vermittelung, zu Verhütung einer leichtfertigen Scheidung, der öffentlichen Wohlfahrt ganz angemessen ist, so erscheint die Einrichtung, wornach die beabsichtigte Scheidung zuerst dem Pfarrer angezeigt und von diesem versucht werden soll, ob der, die Scheidung Begehrende nicht davon abgehalten werden könne, sehr zweckmäßig. —

§. 12. Mit Rücksicht auf diese Vorschläge könnte Buch I. Titel 6. Kapitel 2. Abschnitt 1. (von der Form des Verfahrens bei der Ehrscheidung aus einer bestimmten Ursache) etwa folgendermaßen neu redigirt werden. —

Satz 234 und 235 wie bisher. (Nebst Beisatz wegen des Versöhnungsversuchs von dem Pfarrer.)

Satz 236. Jede Klage auf Ehescheidung soll die Thatsachen umständlich entwickeln; sie muß mit den vorhandenen Beweisstücken, wenn sie bei einem Einzeln-Richter angebracht wird, diesem, wird sie bei einem Kollegialgerichte erhoben, dem Gerichtsvorsteher oder dem von ihm bestimmten Stellvertreter von dem klagenden Ehegatten in Person überreicht werden; so fern dieser nicht durch Krankheit daran verhindert ist, in welchem Falle eine Gerichtsperson auf sein Ansuchen und das Zeugniß eines Gerichtsarztes *) sich nach der Wohnung des klagenden Gatten verfügt, um dort die Klage in Empfang zu nehmen.

Die vor einem Einzeln-Richter erhobene Klage kann in beiden Fällen mit gleicher Wirkung auch zu Protokoll gegeben werden. **)

Satz 237. Wird die Klage schriftlich überreicht, so ist über diesen Akt ein Protokoll zu fertigen und Solches, wie da, wo die Klage selbst protokollirt wurde, von dem Kläger zu unterzeichnen, es sei denn, daß letzterer Schreibens unerfahren wäre, oder sonst nicht unterzeichnen könnte, in welchem Falle hiervon Meldung gethan werden muß. ***)

*) Sie können in Merlin repertoire — mot ferment, Grolmann im 3. Bde. seines Handbuchs, und in Laukharts Rechtsfällen, Bd. I. S. 144, nachgelesen werden.

*) Hier wurde der Text, welcher die Worte „Zeugniß zweier Gesundheitsbeamten" enthält, abgeändert, weil die Zeugnisse anderer Aerzte, gleich unbeschworenen außergerichtlichen Zeugenaussagen, ohne Werth, jene des Gerichtsarzts aber als öffentliche Urkunden anzusehen sind; überdieß aber der fragliche Fall nur da eintreten dürfte, wenn ein Ehegatte von dem andern bedeutende körperliche Mißhandlungen erlitten hat, welche ohnehin durch Gerichtsärzte untersucht werden müssen.

**) Diesen Zusatz glaubte man um deswillen machen zu müssen, weil bei dem Einzeln-Richter alle Klagen ohne Unterschied, nach unsrer Prozeßordnung zu Protokoll gegeben werden können, und kein Grund vorhanden ist, mit Rücksicht auf unsre, von der französischen wesentlich abweichende Gerichts-Organisation für Ehescheidungsklagen eine Ausnahme zu statuiren; da offenbar die schriftliche Uebergabe der Klage in Frankreich nur deshalb geboten wurde, weil von den dortigen Tribunalen keinerlei Civilklagen zu Protokoll genommen werden.

***) Hier wurde ausgelassen, daß die Gerichtsperson die Klage und die Beweisurkunden mit Handzug versehen müsse, weil derartige spezielle Beurkundungen bei uns sonst nirgends vorgeschrieben sind, unsre Gerichtsakten vielmehr in den wichtigsten Prozessen, auch ohne Beobachtung jener Formalität, vollen Glauben haben, daher kein Grund vorhanden ist, in Ehescheidungssachen allein die Paragraphirung, als eine die Glaubwürdigkeit sichernde Förmlichkeit, beizubehalten.

Digitized by Google

Bei Uebergabe oder dem mündlichen Vortrage der Klage hat die betreffende Gerichtsperson dem Kläger schicklich scheinende Bemerkungen über die etwaigen Mängeln seiner Klage zu machen. *)

Satz 238. Erwähnte Gerichtsperson verordnet am Schlusse des Protokolls, daß die Parthiren auf bestimmten Tag und Stunde vor ihr in Person erscheinen sollen.

Satz 239. An dem bestimmten Tage macht dieselbe den beiden Ehegatten, wenn sie sich einfinden, oder dem Kläger, wenn er allein erscheint, die für eine Wiedervereinigung geeigneten Vorstellungen. Bleibt dieser Versuch fruchtlos, so läßt sie hierüber ein Protokoll führen und verfügt, daß die Klage sammt Beweisstücken dem Beklagten in Abschrift mitzutheilen sei und beide Theile in einer zugleich bestimmten neuen Tagfahrt zu erscheinen haben. **)

Satz 241. Für den Vollzug dieses Beschlusses sind die §§. 261. 262. 263. 270. 272. 273. 275. 276 und 278 der Proceßordnung maßgebend. ***)

Satz 242. In der bestimmten Tagfahrt soll der Kläger, der Beklagte mag erscheinen oder nicht, in eigner Person und, wenn er will, von einem Rechtsbeistande begleitet, auf die Gemeinde seiner Klage sich berufend, die Beweisurkunden vorlegen und die Zeugen benennen, die er abhören lassen will.

Satz 243 und 244 bleiben unverändert.

Satz 245. Die Akten werden hierauf dem Staatsanwalte mitgetheilt, welcher nach Maaßgabe der bisherigen Verhandlung einen Antrag schriftlich zu stellen hat; wornach der Richter zuerst über die Einreden der Unzulässigkeit der Klage, wenn deren vorgebracht sind, entscheidet. Werden diese gegründet gefunden, so wird die Klage auf Ehescheidung verworfen, im entgegengesetzten Falle, wie auch, wenn keine solche Einreden vorgetragen werden, wird, wenn die Klage urtheilsreif erscheint, endgültig, sonst auf Erhebung des Beweises der von Kläger angeführten erheblichen Thatsachen und des Gegenbeweises des Beklagten erkannt. *)

Satz 246. War die Klage bei einem Kollegialgerichte angebracht worden, so ist nach Einkunft der Erklärung des Staatsanwalts das in den §§. 1126 bis 1129 der Proceßordnung Vorgeschriebene zu beobachten. Die §§. 1097 bis 1099 der Proceßordnung sind hier, wie für die höhere Instanz maßgebend.

Satz 248. Bei jedem Schlusse einer richterlichen Verhandlung können die Parthieen ihre gegenseitigen Gründe in einem kurzen Aufsatze vortragen oder vortragen oder vortragen lassen. **)

Satz 249 bis 251 bleiben unverändert.

Satz 252. Die Zeugen werden nach Maßgabe des §. 464 der Proceßordnung vom Gerichte vorgeladen. ***)

Satz 253. Sie werden bei geschlossenen Thüren in Gegenwart der Parthieen und ihrer Beistände oder Freunde, höchstens drei an der Zahl auf jeder Seite, verhört. ****)

Satz 254 und 255 bleiben unverändert.

Satz 256. Werden Privaturkunden als Beweismittel vorgelegt, so hat der Beklagte sich über deren Aechtheit zu erklären. Unterbleibt diese Erklärung, so kann hierüber nur ein Beweis durch Zeugen und Schriftvergleichung zugelassen werden. †) Eideszuschiebung und Notheid finden weder über die Aechtheit von Urkunden, noch sonst zum Beweise der von den Parthieen vorgetragenen Thatsache Statt. — Geständnisse können nur richterliche Vermuthungen begründen.

Satz 257. Nach erhobenen Beweisen werden die Akten dem Staatsanwalte mitgetheilt, welcher einen motivirten Antrag über das Scheidungsgesuch stellt. Nach dessen Einkunft hat der Richter sein Endurtheil unter Beifügung der Entscheidungsgründe zu erlassen und in der in der Proceßordnung vorgeschriebenen Form zu verkünden.

---

*) Da aus dem Texte nicht zu ersehen ist, was damit gemeint sei, so schien eine erläuternde Bemerkung am Platze. Es kann hier allenfalls Dasjenige ersetzt werden, was die Proceßordnung in §. 248 vorschreibt.

**) Satz 240 bleibt dann hinweg.

***) Die Vorladungen werden bei uns in andrer Weise vollzogen, als in Frankreich, weshalb es zweckmäßig scheint, die auf jene bezüglichen Bestimmungen demjenigen zu substituiren, was das Landrecht enthält. — Nach Umständen (z. B. bei der Klage wegen dreijähriger Landflüchtigkeit) kann eine öffentliche Vorladung des Beklagten nothwendig werden, daher auch hierwegen auf die betreffende Vorschrift der Proceßordnung zu verweisen war.

*) Da bei weitem in den meisten Fällen die Verhandlung und Entscheidung vor dem Einzeln-Richter Statt finden würde, so hat man mit Rücksicht hierauf, den Satz 245 modificirt und für den Ausnahmsfall, daß ein Kollegium der urtheilende Richter wäre, in §. 246 eine hierauf bezügliche besondere Bestimmung beigefügt. — Der Satz 247 fällt aus, da sein Inhalt schon in Satz 245 aufgenommen wurde.

**) Der Nachsatz scheint überflüssig und wurde deshalb ausgelassen.

***) Auch hier sollte Einklang mit unsrer sonstigen processualischen Gesetzgebung hergestellt werden.

****) Die Anwesenheit des Staatsanwalts bei der Zeugenabhör dürfte nicht nothwendig seyn.

†) Es fehlte eine nähere Bestimmung über den Urkundenbeweis; im übrigen wird sich auf die Note zu 252 berufen.

Digitized by Google

War die Klage voe einem Kollegialgerichte erhoben woeden, so findet auch hier bei der Urtheilsfällung der Satz 246 *) seine Anwendung.

Satz 258. Wenn das Endurtheil die Ehescheidung zuläßt, so ist der Klägee ermächtigt, sich zu dem Beamten des bürgerlichen Standes zu veefügeu, um sie dort eintragen zu lassen.

Satz 259 und 260 bleiben unveeändert.

Satz 261 erhält lediglich nach den Worten: „bei dem oedentlichen Gerichte" den Zusatz: „nebst dem Meldscheine des Pfarrers." **)

Zusatz 261 a. Wird die Scheidung wegen Verschollenheit des Gatten begehrt, so bestehen die zu beobachtenden Förmlichkeiten nur darin, daß der Kläger nebst dem Meldscheine eine Ausfertigung des, die Verschollenheit erklärendrn Erkenntnisses und eine Beurkundung der polizeilichen Obrigkeit, welche es erlassen hatte, über dessen Bekanntmachung, mit der Klage vorlegt. ***)

Zusatz 261 b. Wird die Ehrscheidung wegen dreijähriger Wahnsinnigkeit des anderen Ehegatten nachgesucht, so muß diesrm nach der Einreichung der Klage von Amtswegen ein Vormund bestellt und zwischem Letzterm und dem Kläger die weitere Verhandlung gepflogen werden. ****)

Satz 262. Nur gegeu ein Erkenntniß erster Instanz, welches über die Klage endgültig entschied, findet die Berufung, sowohl von den Ehegatten, als dem Staatsanwalte, von diesem nur bei erkannter Ehescheidung Statt, und es ist dann der Proceß vom Obergerichte als eilende Sache zu behandeln und zu entscheiden. *)

Satz 263. Die Berufung muß innerhalb der, in der Proceßordnung für das abgekürzte Verfahren bestimmten Nothfeist angezeigt und ausgeführt werden. Sie hat aufschiebende Wirkung. Nach Ablauf dieser Frist ist nur eine Wiederherstellung wegen Krankheit und höherer Gewalt, wegen Abwesenheit aber nur dann zulässig, wenn die Klage nicht auf Verschollenheit oder Landflüchtigkeit des Beklagten gegründet war und letztern Falls nicht dieser der Appellant ist.

Der Vortrag neuer Thatsachen und der Voeschlag neuer Beweismittel findet in der Appellationsinstanz nicht Statt. Doch darf das Obergericht diejenigen Beweise erheben lassen, deren Zulassung früher mit Unrecht versagt worden, oder deren Erhebung in früherer Instanz unvollständig, oder mit Verletzung gesetzlicher Vorschriften geschehen war.

Zusatz 263 a. Gegen die Entscheidung des Appellationsrichters, wenn dieser beim Hofgericht war, ist die Oberberufung, mit der im vorigen Satze ausgesprochenen Beschränkung, zulässig.

Satz 264 bleibt unverändert.

Satz 265. Diese zwei Monate laufen vom Tage der eingetretenen Rechtskraft an. Letztere tritt ein, wenn innerhalb dee Nothfrist von 21 Tagen die Beeufung oder Oberberufung nicht ausgeführt wuede, anderu Falls mit der Eröffnung der im letzten Rechtszuge erfolgten Entscheidung oder dem Verzichte auf das ergriffene Rechtsmittel. **)

Satz 266 bleibt unveeändert.

§. 13. Bei der Scheidung auf wechselseitige Einwilligung tritt wieder die wesentlichste Verschiedenheit

*) Nach der Redaktion in diesrm Entwurfe. **) Da die Frage, was unter einer entehrenden Strafe zu oerstehen sei, in unsrer bisherigen Gesetzgebung nicht bestimmt gelöst ist (s. Annal. III. S. 186. IV. 78.); auch der Entwuef des neuen Strafgesetzbuchs sich darüber nicht ausspricht, so wäre zu wünschen, daß dieses in einer, in gesetzlicher Form zu erlassenden Erläuterung geschehe.

***) Der aus der Verschollenheit abgeleitete Scheidungsgrund wurde erst mittelst eines Zusatzes dem Landrechte einoerleibt. Da ein für Verschollen-Erklärter als nicht mehr existirend angesehen wird, so kann eine Vorladung drsselben zur Verhandlung nicht Statt finden. Da es außerdem im öffentlichen Interesse beruht, daß der andere Gatte, nachdem dee Abwesende durch seine Entfernung gewissermaßen das Eheband selbst zerrissen hat, nicht mehr gebunden bleibe, vielmehr durch Eingehung einer neuen Ehe seinen staatsbürgerlichen Verpflichtungen zweckmäßiger nachkomme, so paßte für die Procedur in dem fraglichen Falle am Besten Dasjenige, was Satz 261 für einen andern Fall, in welchem die Trennung der Ehe dem öffentlichen Interesse ebenfalls gemäß ist (nämlich bei Verurtheilung des einen Gattrn zu einer entehrenden Strafe) vorschreibt. —

****) Nicht ganz, wie im vorigen Falle verhält es sich da, wo die Klage auf Wahnsinn des Beklagten gegründet werden will, indem dieser Zustand zweifelhaft seyn kann und nur bei erwiesener, völliger Unheilbarkeit der Krankheit, es im Staatsinteresse läge, ein, zwischen den bisherigen Gatten nothwendig unfruchtbares Band zu lösen, damit der Gesunde ein neues knüpfe, während es sonst wünschenswerth bliebe, daß Letzteree durch sorgfältige und liebevolle Pflege zu Wiederherstellung der Gesundheit seines bisherigen Lebensgefährten zu wirken suche. Die Offenkundigkeit des krankhaften Zustandes fehlt hier immer, da dieser nur durch ärztliche Untersuchung und längere Beobachtung nachgewiesen werden kann. Es bedurf oaber einer Vorkehr zu Sicherung der Rechte des Beklagtrn, welche durch Bestellung eines, dem speciellen Interesse des Klägers fremdrn Pflegers und die unter dessen Theilnahme zu pflegenden Beweisverhandlungen getroffen werden dürfte.

*) Was in diesem und den folgenden Sätzen hinsichtlich dee Appellationsverhandlungen in den Entwurf aufgenommen wurde, ist theils schon oben in §. 11 speciell zu motiviren gesucht worden, theils beruht es auf dem Wunsche, diese Procedur mit den allgemeinen processualischen Vorschriften, so weit letztere anwendbar schienen, in ein angemessenes Verhältniß zu bringen.

**) Vergleiche §. 388 der Proceßordnung.

Digitized by Google

zwischen der ältern badischen Gesetzgebung und dem Landrechte hervor. Erstere kennt eine Scheidung, welche auf den erklärten beiderseitigen Willen der Ehegatten ausgesprochen wird, eigentlich gar nicht. Sie hat an ihrer statt eine geduldete Auflösung der Ehe wegen wechselseitiger unbezwinglicher Unverträglichkeit. (Eheordnung §. 42.) Soll diese Auflösung eintreten, so muß vorher während dreier Jahre fruchtlos der Versuch zu Versöhnung der Ehegatten statt gehabt haben; es muß nach Umfluß jener Zeit eine Trennung der Gatten auf unbestimmte Zeit gestattet und damit zugleich eine ein- bis dreimonatliche Einthürmung beider Gatten verbunden gewesen, endlich nach Umfluß eines weitern Jahrs von einem Theile die Bereitwilligkeit zur Versöhnung ausgesprochen, solche aber vom Andern verweigert worden seyn, wornach Ersterer die Scheidung beantragen darf. (Eheordnung §. 44.)

Das Landrecht dagegen gestattet den Ehegatten mit einander die Scheidung nachzusuchen, ohne daß zuerst die obgedachte vierjährige Probezeit abgewartet und das polizeiliche Experiment der Einsperrung beider Theile vorgenommen werden muß, um die Versöhnung der Gemüther zu erwirken. Es sucht vielmehr der Uebereilung durch einen langen Gang der Procedur, das Gebot einer Reihe, auf das Pünktlichste zu beobachtender Förmlichkeiten und die Nothwendigkeit der Einwilligung der noch am Leben befindlichen Eltern oder Voreltern der Gatten vorzubeugen; hat aber auch zugleich aus Gründen der Sittlichkeit und guten Ordnung unter gewissen Verhältnissen die Scheidung theils für immer, theils für eine gewisse Zeit verboten.

Obgleich jede Art der Ehetrennung von der Eheordnung ausdrücklich als Gegenstand der polizeilichen Gewalt erklärt wurde und man deshalb nach dem Zusatze 311 a annehmen sollte, daß die Eheordnung auch hier in fortdauernder Wirksamkeit geblieben sei, so haben doch die Gerichte überall nur die landrechtlichen Vorschriften in Anwendung kommen lassen, ohne Zweifel aus dem Grunde, weil dieselben in §. 12 des II. Einführungs-Edikts neuerdings sanktionirt worden sind.

Dieses Edikt hat übrigens das landrechtliche Verfahren modificirt, indem es namentlich die Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft aufhob und ebenso, wie bei der Scheidung aus bestimmter Ursache, die Verhandlung und Entscheidung an verschiedene Behörden verwies.

Findet man es nun für zweckmäßig, bei erstgedachter Art der Scheidung die Amtsthätigkeit des Staatsanwalts wieder herzustellen, so dürfte es bei der Scheidung auf wechselseitige Einwilligung um so nothwendiger seyn, als hier beide Ehegatten, von dem gleichen Interesse geleitet, gewisser Maßen nur eine Parthie bilden.

Die Gründe, aus welchen den Aemtern nicht zugleich das Erkenntniß über das Scheidungsgesuch überlassen wurde, muthmaßlich darin bestehend, daß man einem Richtercollegium mit mehr Umsicht die Details des einzelnen Falles gewürdigt würden, als von einem einzelnen, mit Geschäften der heterogensten Art belasteten Beamten, daß aber gerade die Scheidungen eine sorgfältige Behandlung erforderten, und falls eine Scheidung ohne genaue Beobachtung der Gesetze ausgesprochen worden wäre, bei der Zufriedenheit der Gatten, die Sache zur richtigeren Würdigung nicht mehr an die Oberbehörde gelangen konnte — fallen alsdann hinweg, wenn den Aemtern der Staatsanwalt zu Wahrung des staatspolizeilichen Interesses (als Wächter des Gesetzes) an die Seite gesetzt wird. Es kann deshalb füglich die bisherige Anomalie, wornach die Entscheidung über die bei einem Amte gepflogene Verhandlung dem Hofgerichte zugewiesen war, beseitigt und dem verhandelnden Untergerichte ebenfalls die Urtheilsfällung übertragen werden. Besonders wenn die Gelegenheit zu Hebung etwaiger Irrthümer derselben dadurch herbeigeführt wird, daß der Staatsanwalt die Befugniß erhält, bei ausgesprochener Scheidung, da, wo entweder die im Landrechte vorgeschriebenen Regeln des Verfahrens verletzt wurden, oder die Scheidung nach Bestimmung des L.R.S. 275 bis 278 unzuläßig gewesen wäre, das Rechtsmittel der Appellation zu ergreifen.

Hinsichtlich der Rechtsmittel dürfte im Uebrigen Alles das gelten, was oben bei der Scheidung aus bestimmter Ursache bemerkt wurde, und es möchte auch hier die in der Eheordnung vorgeschriebene Vornahme eines Versöhnungsversuchs durch den Pfarrer beizubehalten seyn.

§. 14. Es folgt nun der Entwurf einer, diesen Ansichten gemäß gefertigten neuen Redaction des dritten Kapitels im 6. Titel des 1. Buchs des Landrechts, von der Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung. L.R.S. 275 bis 280 bleiben unverändert.

Satz 281. Die Ehegatten haben zuerst ihr Vorhaben dem Pfarrer ihres Wohnsitzes anzuzeigen, welcher ihnen nach vorgenommenem, aber fruchtlosen Versöhnungsversuche, einen Meldschein ertheilt. Sie sollen dann zusammen in eigner Person vor ihrer Gerichtsbehörde, und sofern solche von einem Einzelnrichter repräsentirt wird, vor diesem, andern Falls aber vor dem Vorsteher des Collegialgerichts oder dem, von jenem beauftragten Stellvertreter desselben, unter Vorlage des Meldscheins und in Gegenwart eines verpflichteten Aktuars, ihren Willen erklären. *)

*) Hier und im folgenden Satze wurde die für uns nicht anwendbare Beiziehung von Notaren zu Scheidungsverhandlungen in Gemäßheit der Vorschrift des II. Einführungs-Edikts §. 12 beseitigt.

Digitized by Google

Satz 282. Die Gerichtsperson soll an beide Ehegatten zusammen und an jeder allein ꝛc. (dann fortzufahren, wie im Landrechte)

Satz 283. Bestehen die Ehegatten auf ihrer Entschließung, so sind sie schuldig, außer den Urkunden, deren im 279. und 280. Satze gedacht ꝛc. (dann fortzufahren, wie im Texte.) *)

Zusatz 283a. Bleibt unverändert.

Satz 284. Es wird über Alles, was zu Vollziehung des vorhergehenden Satzes gesagt oder gethan worden, ein umständliches Protokoll gefertigt, welchem die vorgelegten Beweisurkunden beizufügen sind. **) Es muß in demselben auch der Erinnerung gedacht werden, die der Frau zu machen ist, daß ꝛc. (dann fortzufahren, wie im Landrecht.)

Satz 285. Bleibt, wie bisher.

Satz 286. Nach Umlauf eines Jahrs, von dem Tage der ersten Erklärung gerechnet, sollen beide Ehegatten in den nächsten 14 Tagen, jeder in Begleitung zweier ehrbarer Freunde aus dem Bezirk, die wenigstens 30 Jahre alt seyn müssen, zusammen in Person vor der Gerichtsperson erscheinen; sie sollen***), jeder für sich besonders, gleichwohl in Gegenwart des Andern und der vier Freunde, die Obrigkeit ersuchen, die Scheidung zuzulassen.

Satz 287. Wenn die Gerichtsperson den Ehegatten ihre Bemerkungen gemacht hat, und jene auf ihrem Vorhaben beharren, so wird hierüber ****), ein Protokoll abgefaßt, das die Parthieen (wenn sie nicht erklären, daß sie Schreibens unerfahren seien, oder nicht unterzeichnen könnten, in welchem Falle hievon Erwähnung geschieht), die vier Beistände, die Gerichtsperson und der Gerichtsschreiber unterzeichnen.

Satz 288. Hierauf wird verfügt, daß die Akten dem Staatsanwalt zu Erstattung eines motivirten Antrags über das Scheidungsgesuch zuzustellen seien. †)

Satz 289. Findet der Staatsanwalt in den Akten den Beweis, daß der Versöhnungsversuch vor dem Pfarrer geschehen ist; daß zu der Zeit, da beide Ehegatten ihre Erklärung ꝛc. (wie im Texte fortzufahren.)

Satz 290. Das Gericht kann nach erfolgter Erklärung des Staatsanwalts die Untersuchung ꝛc. (weiter, wie Texte.)

Zusatz 290a. Ist das Gericht, bei welchem die Scheidungsverhandlungen gepflogen wurden, ein Collegialgericht, so muß nach Einkunft der Erklärung des Staatsanwaltes nach §. 1126 bis 1129 der Proceßordnung (die Urtheilsverkündung ausgenommen) verfahren werden.

Satz 291. Das Urtheil wird den Parthieen und dem Staatsanwalte in der in der Proceßordnung vorgeschriebenen Weise zugestellt werden.

Eine Berufung gegen ein Urtheil, worin die Ehescheidung für unzuläßig erklärt wird, kann nur Statt finden, wenn sie von beiden Gatten innerhalb der in der Proceßordnung für das abgekürzte Verfahren vorgeschriebenen Nothfrist, nach deren Ablauf eine Wiederherstellung nicht zu ertheilen ist, ausgeführt wird.

Satz 292. War die Ehescheidung für zuläßig erkannt worden, die unterrichterliche Entscheidung widerstreitet aber den Bestimmungen der L.R.S. 275 bis 278, oder es wurden bei den unterrichterlichen Verhandlungen die Vorschriften über das Scheidungsverfahren verletzt, so kann der Staatsanwalt binnen der vorerwähnten Nothfrist die Berufung ergreifen.

Satz 293. Ueber die Berufung der Ehegatten wird der Staatsanwalt und über jene des Letztern werden die Ehegatten von dem Appellationsrichter zur schriftlichen Erklärung aufgefordert. Wenn diese innerhalb der zu bestimmenden Frist eingereicht wurde, oder nicht, wird zur Urtheilsfällung eine öffentliche Gerichtssetzung angeordnet und in derselben ein schriftlicher Vortrag in der in §. 1127 der Proceßordnung vorgeschriebenen Form erstattet. *)

Nach geheimer Berathung ist sofort das Urtheil zu erlassen und mit den Entscheidungsgründen sowohl den Ehegatten, als dem Staatsanwalte zuzustellen.

Zusatz 293a. Gegen die Entscheidung des Hofgerichts in zweiter Instanz findet die Oberberufung innerhalb der oben gedachten Nothfrist Statt.

Der Vortrag neuer Thatsachen und die Vorlage neuer Beweismittel wird in den beiden höhern Instanzen nicht zugelassen.

---

*) Bescheinigungen, wie sie dieser Satz im Texte im Eingang erwähnt, werden nach unsern Einrichtungen, gemäß welchen die Gerichtsakten in der Registratur des Gerichts selbst aufzubewahren sind und theils duech ihren Inhalt, theils durch die fragliche Aufbewahrung ihre Glaubwürdigkeit behaupten, nicht ertheilt. Es wurde deshalb die betreffende Bestimmung des Textes ausgelassen.

**) Der in der vorigen Note angeführte Grund wird die im Texte dieses Satzes getroffene Abänderung rechtfertigen.

***) Hier gilt ganz dasselbe.

****) Ebenso.

†) Wegen der hier gemachten Aenderung bezieht man sich auf die Note zu Satz 245 und verweist auf den neu entworfenen Zusatz 290a.

*) Aus dem Texte geht hervor, daß die Appellationsverhandlungen nicht im Plaidoyer begleitet seyn sollten. Deshalb möchte ein, dem im Texte vorgeschriebenes eheliches, bereits aus der Proceßordnung bekanntes Verfahren, der Gleichförmigkeit wegen, auch hier als angemessen erscheinen.

Digitized by Google

Satz 294. Bleibt unverändert.

§. 15. Zum Schlusse muß noch Einiges über die Nichtigkeitsklagen bemerkt werden, von denen die L.R.S. 180 — 202, 298 und 298 a des Landrechts und die §§. 57 und 61 der Eheordnung handeln.

Deraetige Klagen sind in unserm Vaterlande äußerst selten, weil der Schließung jeder Ehe nach den durch §. 17 der Eheordnung und §. 8. des II. Einführungsedikts getroffenen polizeilichen Bestimmungen eine obrigkeitliche Erlaubniß vorausgehen muß, welche nicht ertheilt wird, bevor von den kirchlichen und polizeilichen Behörden die sorgfältigste Prüfung aller, etwa ein Ehehinderniß begründender Verhältnisse des Brautpaars eingetreten war. *)

Ueber das Verfahren bei Anstellung und Erledigung einer Nichtigkeitklage enthält das Landrecht keine Bestimmungen, es würde daher hiernach den allgemeinen processualischen Förmlichkeiten unterliegen. Anders verhält es sich nach der Eheordnung. Nach dieser sind die „Zernichtungsgesuche" zuerst dem Pfarrer vorzutragen und es ist von Letzterm ein Meldschein zu begehren. Der Pfarrer hat sich um das Fortbestehen der Ehe zu bemühen, sofern nicht ein unerläßliches Hinderniß des öffentlichen Wohls vorliegt. (Es sind dieswegen detaillirte Normen in §. 61 vorgezeichnet.) Sobald der Meldschein ertheilt ist, soll das in der Eheordnung vorgeschriebene Scheidungsverfahren eintreten.

Da manche Bestimmungen des §. 61 der Eheordnung veraltet und überhaupt die Procedur in Ehescheidungssachen nach andern Principien zu bestimmen seyn dürfte, als die Eheordnung enthält — so möchte es zu Vervollständigung des Landrechts dienen, auch hinsichtlich des Verfahrens bei Nichtigkeitsklagen, welche während Bestehens einer Ehe erhoben werden, durchgreifende Vorschriften zu ertheilen, indem wohl die neue Proceßordnung, namentlich wegen des von ihr angenommenen Contumacialsystems mit Rücksicht auf das auch hier concurrirende öffentliche Interesse, nicht für durchaus anwendbar erkläet werden konnte.

Folgende Sätze dürften vielleicht genügen:

Zusatz 202 a. Wird eine Nichtigkeitsklage während Bestehens einer Ehe erhoben, so ist vorerst der Pfarrer des Wohnsitzes der Ehegatten von demjenigen, welcher die Klage erheben will, von diesem Vorhaben in Kenntniß zu setzen und um einen Meldschein anzugehen, welcher in den Fällen, wo die Ehe den Verfügungen der L.R.S. 147. 161. 162 und 348 zuwiderläuft, *) unbedingt, sonst aber nur nach einem vorgängigen, mißlungenen Versöhnungsversuche zu ertheilen ist.

Satz 202 b. Das Verfahren richtet sich im Uebrigen nach den für die Schridung aus einer bestimmten Ursache gegebenen Bestimmungen, ausgenommen, daß in den im vorhergehenden Satze zuerst erwähnten Fällen der richterliche Versöhnungsversuch (Satz 239) ebenfalls unterbleibt.

Dafür, daß dem Staatsanwalte die Befugniß eingeräumt werde, ebenfalls mittelst Klage eine Ehe als ungültig anzufechten, möchte kein genügender Grund vorhanden seyn, weil unsre Gesetze, wie schon erwähnt, alle mögliche Vorsichtsmaßregeln getroffen haben, um die Eingehung einer nichtigen Ehe zu verhüten, so zwar, daß es bei uns mehr der Romantik, als der Wirklichkeit angehören dürfte, sich den Abschluß einer Ehe zwischen Vater und Tochter, Bruder und Schwester, zu denken. — Es könnte daher zur vollständigen Redaction des betreffenden landrechtlichen Abschnittes alles das, was in den Sätzen 184. 190. 190 a. 191. 192 199 und 200 von der Amtsthätigkeit des Staatsanwalts gesagt ist, füglich gestrichen werden.

Nichtigkeitsklagen endlich, welche nach der — durch den Tod schon erfolgten Auflösung einer Ehe erhoben werden, berühren das öffentliche Interesse gar nicht. Sie werden lediglich um pecuniärer Vortheile willen geführt. Für sie bedarf es daher keiner, von dem gewöhnlichen Proceßverfahren abweichender Bestimmungen.

Möge dieser Versuch als Einleitung zu Mittheilung der Ansichten und Erfahrungen anderer Geschäftsmänner über einen so wichtigen Gegenstand dienen.

Kirn.

---

*) Nämlich bei Bigamie, Verwandtschaft in gerader Linie, der Ehe zwischen Geschwistern, und der Ueberschreitung der Eheverbote bei Adoptirten. Es sind dieses wohl die einzigen Fälle, in welchen die Sittlichkeit und öffentliche Ordnung die Trennung der Ehe absolut gebieten. Aus Satz 190 und 190 a geht zwar hervor, daß auch noch drei weitere Fälle hierher gerechnet werden wollen, die sich auf die Eheverbote der Sätze 144. 163 und des §. 7 der Eheordnung beziehen. Allein was die beiden ersten Punkte betrifft, so kann bei der Nothwendigkeit der Trauscheinsbitte der Fall gar nicht vorkommen, daß Ehemündige oder Personen, die in dem in Satz 163 erwähnten Verwandtschaftsverhältnisse stehen, eine Ehe ohne Dispensation schließen und denjenigen, welchen wegen Eheverfänglichkeit die Ehe verboten ist, wird zuverläßig der Trauschein, welcher zugleich die Heirathserlaubniß enthält, nicht ertheilt.

*) Die ohne erlangte Staatserlaubniß von Inländern im Auslande eingegangene Ehen werden in gewissen Fällen sogar als gar nicht geschlossen angesehen, bedürfen daher alsdann keiner Nichtigkeitserklärung auf Klage eines Betheiligten. Siehe die auf Befehl des Großherzogs erlassene Verordnung vom 4. März 1812 Regierungsblatt Nr. XI.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe den 1. Juni 1839.

I.

Ueber Eventualmaxime — Nachtrag neuer Thatsachen und Beweismittel in appellatorio, als Ausnahme davon — §. 1170 Nr. 4 und §. 1218 Nr. 5 der Prozeßordnung.

Nach gemeinem Prozeßrechte, zu allerförderst hereingebracht durch das römische Recht [1]), konnte man schon das Rechtsmittel der Appellation mit neu voegebrachten Thatsachen und Beweisgründen in Verbindung bringen, ja sogar ausschließlich damit begründen. Diese Bestimmung stand und steht mit dem eigentlichen Grundcharakter des deutschen Prozeßverfahrens — der sogenannten Eventualmaxime, in schroffem Gegensatz. Das römische Recht [2]) hat auch hier wieder, nebenbei aber auf eine einseitige Weise in so fern damit den Anfang gemacht, als es diese Maxime allein für den Beklagten, rücksichtlich seiner Vertheidigungsmittel, zuerst festhielt. Die älteren Reichsgesetze [3]) sind ihm hierin folgsam in die Fußstapfen getreten, bis durch Vermittelung des sächsischen Prozeßrechtes, [4]) zur Abkürzung der Prozesse, die Regel aufgestellt worden ist, [5]) daß jeder der streitenden Theile alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel sogleich und auf einmal vorzubringen habe, wenn gleich nur ein eventueller Gebrauch davon gemacht werden könne.

Mit dieser allgemeineren Eventualmaxime besser übereinstimmenden, auf Verbindung von Neuheiten in der Appellationsinstanz bezüglichen, sofort richtigeren Grundsätze hatte das kanonische Recht [6]) aufgestellt. Nur unter Bescheinigung oder eidlicher Erhärtung der jetzt erst eefolgten Entdeckung dieser oder jener neuen Thatsachen und Beweisgründe, hat es solche für zuläßig erkannt, hiermit keineswegs also den Grundsatz der Eventualmaxime erschüttert, sondern gleichsam so eine Art von restitutio a latere zugegeben. Obschon frühzeitig solche (folgerichtigen) Grundsätze von den deutschen Reichsgesetzen [7]) schon ausdrücklich aufgehoben worden waren, so sind sie gleichwohl nochmals von diesen wieder [8]), doch nicht ohne irgend eine inconsequente Beimischung, adoptirt worden, die denn darin bestand, daß Neuheiten so nebenher auch dann Statt finden können, wenn der nova ferent eidlich erhärtet, daß er das Nachgeschobene in erster Instanz nicht für dienlich oder nöthig erachtet, jetzt aber seine Sinnesart geändert habe. Neuheuten natürlich, die eine Klagänderung zur Folge hätten, waren von jeher davon ausgeschlossen. [9])

Wenn das kanonische Recht in dieser Materie einen civilistischen Stützpunkt hatte, auf welchem überhaupt die Lehre von der Testitution im Allgemeinen ruht, so haben die Reichsgesetze vermittelst ihrer, den Rechtsgrund zum mindesten Beziehungsweise aufhebenden, Beigabe Langsamen, Trägen und Böswilligen eine Wohlthat geschaffen, die denn auch wirklich in dem gemeinen Rechte zu der Bezeichnung: beneficium nondum deducta, deducendi, nondum probata, probandi gekommen ist.

Diese, auf solche Weise verkrüppelte, Eventualmaxime, neben der nur bis zur Appellation hinreichenden, hierdurch also contradizirten Rechtskraft der Fristen, ging hieauf, theils in derselben Art, theils von dem Uncivilistischen gereinigt, theils noch ärger eingeengt in die verschiedenen Landesprozeßordnungen übee. [10])

---

[1]) l. 6. §. 1. 2. l. 37. C. de appell. l. 4. C. de temp. et reparat. appell. — Hellfeld de jurisprud. forens. §. 2128.

[2]) l. 12. 13. C. de except. l. 40. §. 3. de procur. et defens. l. 50. §. 2. l. 52. pr. de jud.

[3]) R. G. O. v. J. 1555 Th. III. Tit. 24. §. 2 — R. A. v. J. 1570 §. 89, 90, 92.

[4]) Schweizer, sächsisches Prozeßrecht. S. 129.

[5]) J. T. A. v. J. 1654. §. 34.

[6]) Clem. 5. de appell. — Cap. 4. X. de except. — Clem. 2. de test. C. 4. de elect. in 6to.

[7]) R. G. O. v. J 1507. Absatz 37. II. §. 8.

[8]) J. T. A. v. J. 1654. § 64. 73. 74. 118.

[9]) R. G. O. v. J. 1555 III. 33. §. 5. — l. 4. C. de temp. et repar. appell. — J. T. A. l. c.

[10]) Mittermaier, der gem. deutsche bürgerliche Prozeß, in Verbindung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren u. s. w.

Digitized by Google

Sehr beschränkt tritt diese Eventualmaxime in die badische Gerichtsordnung [11]) ein, da diese beiden Theilen gestattete, neue Thatsachen und neue Beweise ohne alles weitere in appellatorio vorzutragen, obgleich sie wieder an andern Orten [12]) strenge an diese Maxime hielt, und einen Beweisnachtrag in derselben Instanz, wenn der Beweis anticipirt worden ist, nur sub capite quasi restitutionis gestattete.

Allenthalben, so wohl dem gemeinem Rechte, als den Landesordnungen nach, zeigt sich die Eventualmaxime als der eigentliche Grundcharakter des Prozeßrechtes, mag er hier und dort auch reiner, mag er beschränkter bestehen; gleichwohl bildet er die Regel gegenüber der, ob größeren, ob kleineren Beschränkung, als der Ausnahme. Der Appellationsinstanzrichter hat also vor Allem und in so lange nun über das bene aut male judicatum des, das als erschwerend angegriffene Urtheil erlassen habenden, Richters abzuerkennen, als die betreffende Prozeßordnung hiervon nicht eine Ausnahme statuirt. Eine, diese Grenze überschreitende, gesetzliche Verfügung ist diesem nach immerhin strictissimæ interpretationis; denn was nicht verbis expressis von der Regel ausgenommen ist, das bleibt eben ad regulam submittirt; denn so viel will das exceptio firmat regulam bedeuten.

Denselben Charakter hat denn auch unsere neue Prozeßordnung, und stellt der Eventualmaxime in §. 1221 eine Ausnahme entgegen, die natürlich nur durch das, was sie wörtlich enthält, jene beschränkt. Diese Beschränkung besteht in der Zulässigkeit neuer Thatsachen, und neuer Beweismittel. [13])

Hier ist vorläufig blos von den letztern die Rede, und es fragt sich, was hat man unter Beweismitteln, was unter neuen Beweismitteln zu verstehen, denn gerade nur diese sind, und weiter nichts zulässig.

Beweis ist die, an gewisse, durch das Gesetz speciell vorgezeichnete Vorgänge geknüpfte, durch diese also bedingte subjective Ueberzeugung des Richters von irgend einer Erscheinung in der Sinnenwelt. Beweis ist hiernach ein abstracter Begriff, und kann für sich allein niemals, sondern immer nur in Verbindung mit einem Gegenstande, den er eben zu diesem Begriffe erhebt, als etwas äußerlich Erscheinendes gedacht werden. Dieser Gegenstand ist der Beweissatz. — Thema probandum. Unter Beweis hat man also jedenfalls zweierlei zu verstehen: den Gegenstand desselben, und seine, nach verschiedenen Abstufungen erfolgte, sofort vollkommene oder minder vollkommene Erhebung zur juristischen Wahrheit. Hieraus ergibt sich dann wieder der Begriff von neuem, und von besserem Beweis. Beweismittel ist die, vom Gesetz vorgeschriebene Art und Weise, auf welche, und wie die Interessenten jene, seine Ueberzeugung bedingenden Vorgänge zur Anschauung des Richters zu bringen haben. Beweis und Beweismittel unterscheiden sich sonach von einander, wie überhaupt das Mitel vom Zweck.

Neu, jung, alt sind relative Begriffe, eines kann ohne das andere nicht gedacht werden. Alt ist was schon vorhanden, dem gegenüber, was nachkam. Ist dies letztere gleicher Art, Gattung und Beschaffenheit mit dem ersteren, dann ist es lediglich jung, ist es hingegen verschiedener Art, Gattung und Beschaffenheit, dann ist es jung und neu zugleich.

Also weiter nichts als neue Beweismittel läßt § 1221 der Prozeßordnung zu, und schließt hiernach aus: a) neue Beweise aller Art, d. h. jedes Thema probandum, das nicht schon seiner ganzen Identität nach, Gegenstand des, in erster Instanz geführten, oder besser gesagt, zu führen versuchten, Beweises war [14]); b) Alle Beweismittel, von welchen selbst schon in erster Instanz Gebrauch gemacht worden war. Sonach gestattet also eben dieser Paragraph nur besseren Beweis, mit Hülfe eines anderen Mittels als welches in erster Instanz schon angewendet, durchaus aber die Thatsache zur richterlichen Ueberzeugung nicht erhoben worden ist. Es findet also der Eid nicht Statt, der Urkunden-, der Zeugenbeweis nicht u. s. w. wenn vor dem Unterrichter davon schon Gebrauch gemacht worden, so wenig als ein Thema probandum, was nicht dort schon Gegenstand des Beweises war.

Bis hierher dürfte die Sache so ziemlich klar seyn, und auch das gleich folgende wird keine Noth haben — das punctum novorum.

Auch neue Thatsachen läßt §. 1221 zu, und wenn diese einen Zweck haben sollen, so müssen sie zur juristischen Wahrheit erhoben werden können und dürfen, was nothwendigerweise in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben muß, weil er denn doch den Zweck wollte. Neue Thatsachen sind solche, die in diesem oder jenem Rechtsstreite, also in der vorderen Instanz noch nicht vorgetragen waren; sie konnten also dort nicht seyn, was sie hier werden müssen, [15]) nämlich Gegenstand des Beweises, und ist dieser ein anderer als jener in erster Instanz, so haben wir einen neuen Beweis. Auch diesen kennt §. 1221, und wenn nicht verbis

---

Beitrag III. S. 58 folgende. — Floret. Motive zu der Gesetzgebung für das Großherzogthum Hessen. Heft. 2. Art. 123. S. 169 folgende.

[11]) Badische Obergerichtsordnung vom J. 1803. §. 143.

[12]) l. c. §. 27. 57 folgende.

[13]) Die Beschränkung der Beschränkung gehört nicht zum Zweck dieses Aufsatzes.

[14]) Es versteht sich von selbst, daß die vom Appellationsrichter auferlegten Beweise hiervon ausgeschlossen sind.

[15]) Freilich werden diese als contids vorausgesetzt.

Digitized by Google

expressis, doch als nothwendigen Schluß aus der, in bestimmten Ausdrücken gesetzten, Prämisse.

Wenn für den besseren Beweis nur neue Beweismittel zulässig sind, so hat dies unfehlbar seinen Grund darin, um Leichtsinnigen, Trägen, Chikane spinnenden nicht noch den Cicerone zu machen, und deßwegen haben sie mit Recht in zweiter Instanz den Vorwurf zu erwarten, daß sie das einmal adhibirte Rechtsmittel hätten besser gebrauchen, oder benützen sollen. Aber mit der Wahrheit heraus, und es kann der Grund auch darin liegen, weil das frühere Beweismittel sich schon einmal als zwecklos gezeigt hat, und fernerhin keine weitere Zeit mehr verschwendet werden soll.

Auf neue Thatsachen läßt sich dieses aber nicht anwenden, von ihnen nichts der Art behaupten; und da nebenbei es nicht immer in der Willkühr des Beweispflichtigen liegt, sonach gerade unter den Beweismitteln zu wählen, er vielmehr oft froh seyn muß, dieses oder jenes zu finden, und da das Aufgefundene leicht ein solches seyn kann, an dessen Maßstab er in erster Instanz schon die alte Thatsache anlegte: so wäre es sehr hart, wenn man diesem für die neu vorgebrachte Thatsache nur neue Beweismittel zugestehen wollte. Der Nachtrag neuer Thatsachen wäre zum mindesten nur eine halbe Maßregel, die mit der einen Hand nehmen, was sie mit der anderen geben würde. Meines Wissens hat auch noch kein Mensch daran gezweifelt, daß dieses nicht der Fall ist; da aber doch der Gesetzgeber schon überhaupt, besonders aber bei correktorischen Gesetzen sehr präcis in der Sprache seyn soll und muß, so bieten hier die §§. 1170 Nr. 4 und 1218 Nr. 5 zwei auffallende Beispiele des Gegentheiles, und drücken mindestens das nicht aus, was sie ausdrücken sollen, sondern eher noch das Gegentheil. Der §. 1170 sagt

> sub Nr. 4. Die Anführung und Verzeichnung der neuen Beweismittel, wodurch früher vorgebrachte, oder die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen, wenn der Beschwerdeführer die Beweisantretung anticipirt.

Also ist hier lediglich von neuen Beweismitteln die Rede, auch in Beziehung auf die aufgestellten neuen Thatsachen durch die Beschwerdeschrift etwas Anderes enthalten, womit dennoch demnach solche, von welchen in erster Instanz schon Gebrauch gemacht war, offenbar und indirekt ausgeschlossen sind; qui dicet de uno, negat de altero. Eine weitere Deutung auf den Einzelnfall der Beweisantizipation läßt dieser Paragraph nicht zu, da er lediglich von der Beschwerdeschrift spricht, in welcher natürlich nur dann ein Beweismittel vorkommen kann, wenn der Beweis antizipirt wird, weßhalb dieser Antizipation Erwähnung gethan werden mußte.

Ebenso verfügt §. 1218

> sub Nr. 5 Die Anführung und Verzeichnung der neuen Beweismittel wodurch die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen, wenn der Appellat die Beweisantretung anticipirt.

Also auch hier wieder nur neue Beweismittel, und diesmal dazu noch in ausschließlicher Beziehung auf die aufgestellten neuen Thatsachen. Hieher ist dasselbe zu ziehen, was so eben bei §. 1170 Nr. 4 gesagt worden ist.

Sollten beide Stellen in diesen Paragraphen nicht auf einem Redaktionsfehler beruhen, und etwa dahin redigirt seyn?

§. 1170 Nr. 4. Die Anführung und Verzeichnung der neuen Beweismittel, wodurch früher vorgebrachte, (und) der Beweismittel, wodurch die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen, u. s. w.

§. 1218 Nr. 5. Die Anführung und Verzeichnung der Beweismittel, wodurch die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen u. s. w.

Kreitler.

Anmerkung der Redaction.

Mir scheint, daß die Sätze 1170. Nr. 4. 1218. Nr. 5. und 1221. nur deßwegen blos von Beibringung oder Verzeichnung neuer Beweismittel sprechen, weil die schon in erster Instanz beigebrachten Beweismittel nicht einer nochmaligen Beibringung bedürfen. Sie liegen ja schon in den Akten, und der Oberrichter hat dieselben, wie die vor dem Unterrichter abgelegten Geständnisse ꝛc., eben so zu berücksichtigen, wie wenn die Verhandlung, beziehungsweise jene Beibringung der Beweise, Ablegung von Geständnissen, vor ihm selbst geschehen wäre. Hat der Unterrichter einen vor ihm angetretenen Beweis, weil er ihn für unerheblich oder unzulässig hielt, gar nicht erhoben, oder hat er denselben nur unvollständig oder mit Verletzung gesetzlicher Vorschriften erhoben, so hat der Oberrichter, und zwar nach §. 1242 a. sogar noch in dritter Instanz, eine neue Erhebung anzuordnen. Ist aber die Erhebung schon in voriger Instanz ordnungsmäßig geschehen, so wird auch der Oberrichter das Resultat derselben bei seiner Entscheidung berücksichtigen.

Eine Zusammenstellung der in erster Instanz gebrauchten Beweismittel in der Appellationsbeschwerdeschrift oder Vernehmlassung wäre durchaus unnöthig, und nur die Anführung der neuen Beweismittel hat einen Grund, ohne Unterschied, ob diese neuen Beweismittel sich auf schon früher vorgetragene Thatsachen beziehen, oder ob durch dieselben erst neu vorgetragene Thatsachen bewiesen werden sollen.

D. R.

Digitized by Google

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Appellation gegen eine Zwischenverfügung.

Böhrer gegen Berberich.

Nach dem in der Klage gestellten Begehren sollte erkannt werden:

„das Testament des verlebten J. Greulich von Hardheim vom 31. März 1817 seie als rechtsgültig zu betrachten und als solches aufrecht zu erhalten, daher seie die Beklagte schuldig, an die Klägerin auszuzahlen und resp. auszuliefern von der großväterlichen Erbschaft des J. Greulich, und zwar wie folgt" ꝛc.

In der Vernehmlassung auf diese Klage ward beklagterseits die Existenz des fraglichen Testamentes mit Nichtwissen beantwortet, die Gültigkeit desselben sowohl in formeller als materieller Beziehung widersprochen, das Vorhandenseyn der angeblichen Erbschaftstheile selbst in Abrede gestellt und um Abweisung der Klage gebeten. Nachdem noch bis zur Duplik verhandelt worden war, erließ das Untergericht am 27. Januar 1838 folgenden Beschluß:

I. Urtheil. In Sachen ꝛc. wird auf gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt:

„das Testament des am 2. Mai 1820 verstorbenen J. Greulich vom 31. März 1817 sei als rechtsgültig zu betrachten und als solches aufrecht zu erhalten."

II. Zwischenbescheid. ꝛc.

Gegen den Absatz I. dieses Beschlusses zeigte nun der Sachwalter des Beklagten Theils die Appellation mit der Bitte an: die Aktenabsendung an die Kanzlei des Obergerichts bis zur Beendigung des ganzen Rechtsstreits zu verschieben.

Der Gegentheil versagte jedoch die Einwilligung dazu, indem ja davon der ganze Rechtsstreit abhänge: ob das Testament aufrecht erhalten werde oder nicht!

Die Beklagte führte hiernächst die Appellation wirklich ein und hob insbesondere hervor, daß bis jetzt das fragliche Testament noch gar nicht einmal in Urschrift vorgelegt worden sei.

Die Sachbitte ging dahin: daß, unter Aufhebung des amtlichen Erkenntnisses, die Klage entweder angebrachtermaßen oder als noch zur Zeit unstatthaft verworfen, oder aber das Testament für ungültig erklärt werde.

Als es nun zur mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels kam, ereignete sich der seltsame Fall, daß der Procurator des appellantischen Schriftverfassers versicherte, er könne im Interesse seiner Partei nur wünschen, daß die Appellation noch zur Zeit für unstatthaft erklärt würde, damit sie bei der etwaigen Appellation gegen das Endurtheil in der Hauptsache die Versehen ihres Schriftverfassers repariren könne, was für jetzt unthunlich sei. Indessen vertheidigte doch der Procurator die Zulässigkeit des Rechtsmittels aus dem Grunde, weil seiner Partei, wenn die das strittige Testament aufrecht erhaltende Verfügung des Unterrichters stehen bleibe, der größte Nachtheil drohe, welcher sich nur auf dem betretenen Wege abwenden lasse.

Der appellatische Anwalt aber wollte, obgleich dem Kläger an der Aufrechthaltung des angefochtenen Erkenntnisses gelegen seyn müßte, die Appellation gleichwohl zugelassen wissen, damit die Gegenpartei nicht später Gelegenheit finde, ihre Rechte besser zu wahren, als es durch die eingereichte Beschwerdeschrift geschehen sei.

Hierauf ward durch hofgerichtliche Verfügung vom 16. Februar l. J. die Appellation für unzulässig erklärt, jedoch dem Appellanten vorbehalten, seine etwaige Beschwerde gegen die gedachte amtliche Verfügung mit der Appellation gegen das Endurtheil in der Hauptsache seiner Zeit geltend zu machen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß die Existenz eines gültigen Testaments in der Klage und Klagbitte nur in so fern erwähnt ist, als daraus die erhobenen Ansprüche sich ergeben sollen, um deren Zuerkennung gebeten wurde; daß also jenes Testament wohl den Klaggrund, nicht aber den Streitgegenstand bildet, als welcher vielmehr die daraus abgeleiteten Ansprüche zu betrachten sind.

In Erwägung, daß durch die amtliche Verfügung vom 27. Januar v. J. der eigentliche Streitgegenstand demnach weder zuerkannt, noch abgesprochen worden ist, daher das dagegen ergriffene Rechtsmittel der Appellation zur Zeit nicht Statt findet.

In Erwägung, daß auch der Umstand, daß jene Verfügung als Bescheid betitelt ist, hieran nichts zu ändern vermag, weil er materiell doch nur einer prozeßleitenden Verfügung oder einem Zwischenurtheil gleich zu achten ist, gegen welche ein Rechtsmittel nur in Verbindung mit der Appellation gegen das Urtheil in der Hauptsache geltend gemacht werden kann.

Nach Ansicht der §§. 1168 und 1172 der Prozeßordnung.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 23. Karlsruhe den 8. Juni 1839.

I.

Gedanken über die einfachste Gerichtsgebühr, in Streitsachen des bürgerlichen Rechtes.

Die bestehende Gesetzgebung über Gerichtsgebühren kennt drei verschiedene Namen dieser Abgabe: der neue Entwurf über diesen Gegenstand hat einen dieser Namen (Taxen) weggelassen, dagegen aber noch zwei derselben beibehalten.

Billig frägt man, warum in Zukunft die Gerichtskosten noch in doppelter Gestalt bezahlt werden sollen, m. a. W. warum es noch fernerhin Sportel und Stempel in Streitsachen des bürgerlichen Rechtes geben soll? — Die Gerechtigkeit und daher die Nothwendigkeit eines von den streitenden Theilen zu leistenden Vorausbeitrags zu den Kosten der Rechtspflege wird in der Regel nicht bezweifelt: aber über die Form der Leistung entstehen Bedenken. — Vergebens sieht man sich nach einem zureichenden Grunde für die Doppelgestalt der Abgabe um: auch der gründliche

Vortrag, den Entwurf eines Gesetzes über Stempel, Taxen und Sporteln betreffend. Karlsruhe 1836,

welcher sich für Stempel und Sporteln auszusprechen scheint, gibt keine genügende Auskunft über dieß Bedenken. —

Beide Arten des Beitrags zu dem Staatsaufwand für die Rechtspflege sind genau betrachtet nur eine, mit zwei verschiedenen Namen belegte, Abgabe für denselben Zweck, deren Nebeneinanderbestehen in einzelnen Staaten wohl hauptsächlich durch die oft zufällige Ausbildung der einzelnen Finanzsysteme erklärbar ist. So lange man bei der Anordnung des Staatsauflagenwesens, mehr nach einem gewissen dunkeln Gefühle zu Werke ging,

Vgl. K. H. Rau, Grundsätze der Finanzwissenschaft. (Heidelberg 1832) §. 19.

so lange man dabei den Gesichtspunkt der Ergiebigkeit vorzüglich im Auge hatte, und sich im Zufall und in Versuchen der mannigfaltigsten Art gefiel, war es begreiflich, daß man die aus dem Anfang des XVII Jahrhunderts angeblich von einem Holländer herrührende Erfindung der Stempelabgabe als eine willkommene Erscheinung freudig begrüßte, mehrfach nachahmte, und anfänglich nur in niedern Ansätzen, später aber mit allmähliger Erhöhung der Beträge, neben der schon frühee bestehenden sportula einführte! —

Da aber jetzt mit Recht, die Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der Gerichtskosten nicht bloß nach ihrer Einträglichkeit, sondern hauptsächlich auch nach ihrer Wirkung auf die Beitragspflichtigen beurtheilt und bei der Gesetzgebung hierüber nach Grundsätzen verfahren zu werden pflegt, so fordert das natürliche Streben nach möglichster Einfachheit der Abgabe, daß man von der Alternative: „Stempel oder Sportel" nur eine Form der Abgabe wähle, zugleich aber die andere abschaffe.

Die Richtigkeit dieses Satzes ist auch in Baden mehrfach anerkannt worden. Schon im Jahr 1823 sprach sich die zweite Kammer der Landstände

Vgl. Verhandlungen von 1822. Band III, S. 56 ff. und Band VIII. S. 283 ff.

für die Wahl zwischen beiden Formen in so fern aus, als nach ihrem Wunsche alle Taxen und Sporteln auf den Stempel allein gelegt werden sollten. In gleichem Sinne erklärte sich auf dem Landtage von 1831 nicht nur der Abg. Welcker in einer besondern Motion, sondern auch in Folge des darüber von dem Abg. Rettig von Lahr erstatteten Commissionsberichtes.

Vgl. Verhandlungen von 1831. Sitzung der zweiten Kammer vom 18. August, VII. Beilagenheft S. 65 — 92.

Die zweite Kammer selbst in der Sitzung vom 13. September 1831.

Vgl. Verhandlungen, Protocollheft XXIII. S. 5, 31 — 47.

indem nach den damaligen Beschlüssen, statt der bisherigen dreifachen Gebühr eine Stempelabgabe bestehen sollte. — Betrachtet man aber die Durchführung dieses Planes näher, so ergibt sich, daß darnach die Gerichts-

Digitized by Google

kosten nur unter einem Namen (Stempel) erscheinen, während in der That zwei verschiedene, wenn gleich mit demselben Namen belegte Arten der Abgabe bleiben sollten. Denn nach den damahligen Vorschlägen der Commission sollte der von ihr vertheidigte Klassenstempel, nicht bloß einen Eingabe- (Einreichungs-), sondern auch einen Beschluß- (Verfügungs-) Stempel umfassen, welcher letztere in der Wirklichkeit nichts anderes, als eine jetzt sogenannte Sportel ist. Die Nothwendigkeit der strengen Durchführung des vorhin aufgestellten Grundsatzes haben übrigens damals bei der Discussion einige Redner hervorgehoben, welche den Eingabestempel als alleinige Form der Abgabe forderten, indem nach ihrer Ansicht für die gerichtlichen Verfügungen (Beschlüsse) nie etwas bezahlt werden sollte.

Vgl. die Reden des Abg. Bekk, l. c. S. 8, 9 und 33. v. Rotteck, S. 29 — 32. Schaaf, S. 36, 37.

Es sei aber die Frage erlaubt, ob nicht der (wenn man will) umgekehrte Weg der Besteuerung, welcher bei der Discussion vom 13. September 1831 (z. B. S. 19, 34, 41) wenigstens angedeutet wurde, den Vorzug verdiene? — Ob es nicht gerechter und zweckmäßiger wäre, die Eingabe bei Gericht keiner Abgabe zu unterwerfen, dagegen für den gerichtlichen Beschluß bezahlen zu lassen? — Die folgenden Bemerkungen sollen dazu dienen, die Möglichkeit der Abschaffung des Eingabenstempels anzudeuten, und zugleich hervorzuheben, daß nach dieser Abschaffung alle Gerichtsgebühren in einem Rechtsstreite zweckmäßigerweise in Gestalt einer Hauptsportel erhoben werden können! —

Allerdings bietet die Stempelgebühr durch die Leichtigkeit der Erhebung, so wie durch die scheinbare Geringfügigkeit der jedesmaligen Leistung, eine nicht vortheilhafte Seite dar, wenn man bei der Betrachtung dieser Auflage hauptsächlich von dem Staatsinteresse und von denjenigen Fällen ausgeht, in welchen der Staat durch einen dem auf Stempelpapier geschriebenen Antrag entsprechenden Beschluß eine Gegenleistung zu gewähren scheint. Allein in sehr vielen, wenn nicht in den meisten Fällen sind die Nachtheile dieser Abgabe größer, als deren Vortheile. — Mit Recht hat die Wissenschaft die Ungleichheit und Zufälligkeit, welche bei dieser Art der Besteuerung fast unvermeidlich ist, längst hervorgehoben,

Vgl. K. H. Rau. Grundsätze der Finanzwissenschaft. §. 228, 232.

und sich nur da für die Beibehaltung des Stempels ausgesprochen, wo dessen Abschaffung nicht ausführbar ist! — Was steht in Baden der Aufhebung im Wege? — gewiß läßt sich dieselbe weit leichter jetzt bewerkstelligen, wo der Stempelsatz noch niedrig ist, als später, wenn etwa nach dem schon mehrmals gemachten Vorschlag ein höherer Stempel, sei es Klassen- oder Stufen- (Gradations-) Stempel eingeführt wäre. —

Ein hoher Stempel, wozu auch wohl der für 15 kr. schon gerechnet werden darf, widerspricht dem Geiste der Prozeßordnung, für Streitsachen des bürgerlichen Rechtes, widerspricht dem vom Gesetzgeber und Richter heilig zu haltenden Grundsatz der Mündlichkeit. Wie soll z. B. für die mündlichen Vorträge bei den Obergerichten eine Stempelgebühr erhoben werden? — Man wird doch nicht etwa von den Obergerichtsadvokaten verlangen, daß sie Stempelpapier in die Sitzung mitbringen, auf welches dann der Sekretär das Sitzungsprotocoll, die Urschrift des Urtheils sammt Entscheidungsgründen schreiben soll?! — Aber ein ähnlicher Mißstand besteht auch bei den Untergerichten. Warum soll denn da, wo mündliches Verfahren die Regel bildet, die Recht suchende Parthei genöthigt werden, vorerst gleichsam eine Eintrittskarte zu lösen? *)

Wenn sich diese und andre Mißstände vielleicht auch beseitigen lassen, so sind dieselben doch nicht die einzigen Schattenseiten der in Frage stehenden Abgabe. Weit wichtiger für den Gesetzgeber ist die wirkliche Ungerechtigkeit, welche in nicht seltenen Fällen durch den Stempel veranlaßt wird. Nur einige, aber täglich vorkommende Fälle dieser Art mögen hier erwähnt werden. Leider besteht die größte Zahl der Beklagten bei den Aemtern nicht aus musterhaften, fleißigen und sparsamen Haushältern, welche gegen den Angriff eines böswilligen Klägers Schutz suchen oder dessen Rechtsansichten bestreiten: — nein, wohl die Mehrzahl sind theils unverständige, theils leichtsinnige, den Müssiggang und Verschwendung liebende, theils durch anfänglich selbst verschuldetes Unglück herabgekommene Schuldner, welche in der Prozeßführung, in den Wiederherstellungs- und sonstigen Fristen ein trauriges Mittel der Verzögerung finden. Besonders unangenehm sind solche Fälle, wenn, was so häufig der Fall ist, der Kläger nicht am Gerichtssitze wohnt, an welchen er sich mit der Klage gegen den Schuldner zu wenden hat. Hier muß er, um zu seinem Recht zu gelangen, für Klage, mehrere Anrufen, Bitten um Hülfsvollstreckung u. d. gl. jedesmal, ab-

---

*) Dies wäre jedenfalls das Unpassendste. Der den Ständen gegenwärtig vorgelegte Entwurf eines Gerichtssportel-Gesetzes hat deshalb auch nur hinsichtlich derjenigen Verfügungen, welche auf eine schriftliche Eingabe erlassen werden, die Sportel auf den zu jener Eingabe zu gebrauchenden Stempel gelegt, wogegen bei mündlichen Verhandlungen für das Protokoll mit der darauf erfolgenden Verfügung eine Sportel angesetzt werden soll.

D. R.

Digitized by Google

gesehen von Porto-Auslagen, Stempel gebrauchen. *) Vielleicht wäre dies gar nicht unbillig, wenn der Kläger für diesen Stempel die Gewißheit erhielte, nach längerer Zögerung endlich einmal sein Recht verwirklicht zu sehen: — leider sind aber die Fälle nicht selten, in welchen diese Rechts-Verwirklichung durch den Mangel an Gegenständen der Vollstreckung oder durch den üblen Willen eines Amtsexequenten oder gar eines — Bürgermeisters vereitelt oder doch sehr geschmälert wird. — Ungeachtet der Schuldner als Besiegter nach dem Gesetz die Kosten zu ertragen hat, fällt ein großer Theil davon, und namentlich der ausgelegte Stempel, doch dem Kläger zur Last, welcher zufrieden seyn darf, wenn er nur die Forderung selbst ganz oder theilweise erlangt, aber an den Ersatz von Zinsen oder gar Kosten häufig nicht denken darf. Freilich soll der Kläger nach dem Gesetz (P. O. §§. 171, 172) die Kosten nur vorläufig, nur vorschußweise bezahlen: aber von wem erhält er das also für Stempel Bezahlte zurück? — von dem Schuldner, der nichts hat, oder der das Wenige, was er besitzt, der Vollstreckung zu entziehen versteht; ist kaum etwas zu bekommen: der Staat, welcher das Stempel-Geld bezogen hat, gibt dasselbe nicht zurück! —

Wie wird es erst, wenn nach vergeblich wiederholten Vollstreckungsversuchen gegen den Schuldner Gant erkannt wird? — Verlust des Gläubigers ist hier in der Regel unvermeidlich: an Kosten- und Stempel-Ersatz ist nicht zu denken. Dennoch erhebt der Staat von dem verlierenden Gläubiger für die schriftliche Liquidation oder für die Beilagen (Beweis-Urkunden) der mündlichen Anmeldung eine Stempel-Gebühr, welche (P. O. §. 912) dem Gläubiger unwiderruflich zur Last bleibt. — Wofür leistet denn der Gläubiger, der keine oder nur unvollständige Befriedigung erlangt, dem Staate eine Abgabe? — Deshalb, weil die Gerichtsbehörden in Thätigkeit versetzt, zu Geschäften genöthigt wurden, kann doch wohl der Gläubiger nicht besteuert werden: Denn, wenn er die gerichtliche Hülfe auch in Anspruch genommen hat, so war er hiezu genöthigt: die eigentliche, wahre Ursache der für das Gericht entstandenen Geschäfte ist vielmehr lediglich und allein der Schuldner, welcher diese Geschäfte durch seinen Widerstand nothwendig machte! — Bei der Erfolglosigkeit der Vollstreckung, sowie bei dem Gant-Ausbruch verliert übrigens die Stempel-Abgabe auch die Natur einer Vermögens-Steuer, weil sie nicht vom Einkommen, sondern vom Vorkommen erhoben wird. Der Gläubiger hat einen Verlust erlitten, für dessen Besteuerung es keinen Grund gibt: der Schuldner ist das lebendige Bild der Armuth, mag er es auch noch nicht bis zum Bettelstab gebracht haben, sondern noch im Gewande des Reichen prangen! — Mit welchem Rechte wird ein bloßes Schein-Vermögen besteuert? **)

Ein anderer Fall wirklicher Ungerechtigkeit der unwiderbringlichen Stempel-Gebühr ist da vorhanden, wo in einem Rechtsstreite das Verfahren vom Richter nicht auf eine mit den Gesetzen in Einklang stehende Art und Weise geleitet wird, oder wo unrichtige Verfügungen erlassen werden, gegen welche durch Reclamationen, Vorstellungen, Bitten oder gar durch Rechtsmittel Abhülfe gesucht werden muß. Der beste und edelste Mensch kann eine irrige Ansicht haben. Der gelehrteste und erfahrenste Richter kann sich übereilen, kann Manches nicht gründlich genug erfaßt oder wieder vergessen haben: aus diesen, mit der menschlichen Natur zusammenhängenden, und aus andern Gründen können immer leicht ungerechte Entscheidungen oder Fehler des Verfahrens vorkommen. Zu dieser Möglichkeit gesellt sich eine andere unerfreuliche Wirklichkeit, deren Kinder man Rückstände zu nennen pflegt. Nicht die Parteien oder deren Anwälte sind es allein, deren Handlungen in Rückstand kommen: auch bei den Gerichten findet sich diese Erscheinung, als deren Ursache nicht gerade immer die Persönlichkeit des Beamten hervortritt, weil auch plötzliche Geschäftsüberhäufung, Mangel an Aushülfe, Zersplitterung der Zeit u. d. gl. nachtheilig einzuwirken pflegen. Um die Zahl der Fälle mißleiteter, verkümmerter, verweigerter oder verzögerter Rechtspflege beurtheilen zu können, darf man übrigens nicht von der Zahl der deshalb vorkommenden Beschwerdeführungen ausgehen. So lange von den Obergerichten das Rechtsmittel der Beschwerdeführung mit Ungunst behandelt und durch Verfügungen, welche keine Abhülfe, sondern eher das Gegentheil gewähren, erledigt wird, z. B. Annalen laufenden Jahres VII. p. 36. 45—50, so lange ist es natürlich, daß die Beschwerten von Ergreifung dieses Rechtsmittels abgeschreckt werden. Außerdem ist dessen Gebrauch der Sache im einzelnen Falle nicht einmal immer wirklich förderlich. Da die Partei am Sitze des Obergerichtes einen Procurator bestellen muß, da vom Amte erst auf Befehl des Obergerichtes die Akten eingesendet werden, da über die Beschwerde Vortrag erstattet worden,

*) Alle bloßen Erinnerungseingaben müssen wohl stempelfrei gelassen werden, da der Stempel nach dem System des Entwurfs nur das Aequivalent für die Sportel, welche von der auf die Eingabe zu erlassenden Verfügung zu erheben wäre, seyn soll, diese Sportel aber, in Bezug auf ein und dasselbe Gesuch, wenn gleich mehrfache Erinnerungen nöthig wurden, denn doch nur einfach erhoben werden dürfte. D. R.

**) Das Prinzip der Besteurung kann nicht zu Grund gelegt werden, sondern nur die Annahme, daß die Parteien, welche durch ihre Rechtsstreitigkeiten den Gerichten Geschäfte verursachen, nach Verhältniß des Geschäftsumfangs zu dem für die Gerichte erforderlichen Aufwande einen Beitrag leisten. D. R.

Digitized by Google

und da der gefaßte Beschluß erst den gerichtlichen Expeditionsweg durchmachen muß, vergeht so viel Zeit, daß die formell gewährte Abhülfe manchmal mehr schadet, als nützt, weil sie zu spät kömmt! — In den bei weitem meisten Fällen wird die beschwerte Partei statt der beschwerlichen Beschwerdeführung den leichteren Weg der Vorstellung oder des Anrufens beim Untergerichtes wählen! — Wenn die Partei nun zu diesen Vorstellungen u. s. w. sowie zur Beschwerdeführung des Stempelpapiers bedarf, so bezahlt sie dem Staate offenbar dafür, daß er ihr, statt des gehofften Rechtes, ein unverdientes — Unrecht zugefügt hat. Nach dem Vernunftrecht müßten hier wohl die Kosten von demjenigen bezahlt werden, welcher das Unrecht zugefügt hat, d. h. von dem Richter! — allein durch die Praxis haben diese, wie es scheint, ein Privilegium der Unantastbarkeit erhalten, über welches weiter zu reden hier nicht der Ort ist. Da nun aber der Richter nicht zu bezahlen braucht, die Gegenpartei zu bezahlen nicht schuldig ist, weil sie die Beschwerde nicht zugefügt hat, so begeht der Staat ein offenbares Unrecht, wenn er die Partei nöthigt, wegen eines vom Diener des Staates begangenen Fehlers, nach dem neuen Entwurfe ein Paarmal für fünfzehn, oder bei Obergerichten gar für dreißig Kreuzer Stempel zu bezahlen! — Ja, auch dann, wenn man den Stempel nur neben der Sportel beibehalten wollte, würde die Billigkeit erfordern, für die Fälle der gegründeten Beschwerde, und für Anrufen eine Stempelfreiheit auszusprechen. — *)

Ob noch mehrere Fälle ähnlicher Art eine besondere Behandlung hinsichtlich der Kosten erfordern, darüber möchten wohl außer den Beamten auch die Advokaten zu befragen seyn, welche oft zur richtigen und vorurtheilsfreien Beobachtung mehr Gelegenheit haben und besser geeignet seyn dürften, als manche mit Berichten beauftragte Beamte. Man hat nichts davon gehört, daß der neue Entwurf des Stempel- und Sportel-Gesetzes auch dem Advokaten-Stande zum Gutachten mitgetheilt worden wäre: und doch ist gerade dieser Stand bei dem in Frage stehenden Zweige der Gesetzgebung nicht nur berufen, ein Wort mitzureden, sondern auch dabei wesentlich betheiligt. — Denn durch die Beibehaltung des Stempels wird den Advokaten ein sehr lästiges Amt übertragen, zu dessen Uebernahme weder in der allgemeinen Staatsbürgerpflicht, noch in dem besonderen Berufe des Rechtsfreundes ein genügender Rechtsgrund liegt. Die Billigkeit eines Gesetzes, welches die Advokaten zu Steuer- (Stempel-) Erhebern macht, ohne denselben dafür irgend eine Vergütung zu gewähren, muß durchaus bezweifelt werden. Hat der Advokat Rechtswissenschaft studiert, damit er dem Staate für die Stempel-Gefälle Sicherheit gewähre? — Die Erhöhung des Eingaben-Stempels auf 15 Kreuzer bei den Aemtern, auf 30 Kr. bei den Hofgerichten und auf 1 fl. bei dem Oberhofgericht zieht eine beträchtliche Vermehrung der Auslagen nach sich, welche der Advokat für seine Partei zu machen genöthigt ist. An Orten, an welchen die Parteien nicht gewohnt sind, dem Advokaten von freien Stücken einen angemessenen Vorschuß zu geben, wird derselbe leicht in eine sehr unangenehme Lage versetzt. Er muß entweder bei der Uebernahme des Prozesses die Partei an die Nothwendigkeit eines Vorschusses aufmerksam machen, wobei er wenigstens offen und wahr die streitlustige Partei über die Kostspieligkeit des oft leicht vermeidlichen Rechtsstreites belehren mag: — oder der Advokat, welchem eine Partei eine Sache überträgt, muß, (was Manche sogar, für nothwendig halten?) jeden Schein der Bedenklichkeit vermeiden und ganz im Sinne der Partei reden, welche später, wenn sie verloren hat, den von ihren Advokaten vielleicht geahnten, aber absichtlich nicht als möglich angedeuteten unglücklichen Ausgang des Prozesses, nicht selten sehr unverdiente Weise dem Richter zur Last zu legen pflegt, aber doch auch nicht sehr bereitwillig seyn wird, den Advokaten zu bezahlen, der (wie die Partei dann mit Recht sagt), schon früher, zu Anfang des Prozesses die volle und ungetrübte Wahrheit hätte sagen sollen! — In solchen und in andern Fällen, in welchen die Partei aus sonstigen Gründen die schuldige Zahlung zu leisten zögert, ist der bisherige Anwalt und Vertheidiger der Partei plötzlich genöthigt, die Waffen gegen sie zu kehren, wenn er etwas haben will. Auf diese dem Ansehen und Vertrauen des Standes stets nachtheilige Weise muß der Advokat dann nicht nur seinen Verdienst (Deserviten, Gebühren), sondern auch die baaren Auslagen beitreiben, unter welchen der dem Staate bezahlte Stempel keine unbedeutende Rolle spielt. —

In der Beibehaltung oder gar Erhöhung des seitherigen Stempels liegt keineswegs eine freundliche Aussicht auf Veredlung und Hebung des Standes, welcher in einer gedrückten und würdevollen Haltung entbehrenden Stellung nur wenig nützen, aber zugleich unendlich viel schaden kann. Jeder rechtliche und durchaus ehrenhafte Advokat wird gewiß wünschen, daß er des Geldes wegen in möglichst seltene Berührung mit seiner Partei komme, und wird sich freuen, wenn etwa nach dem in Annalen der B. G. 1836 IV. Bd. p. 234 gemachten Vorschlage, den Staat, wie

*) Es ist allerdings richtig, daß für die Erledigung der gegen den Richter erhobenen Beschwerden in den Fällen, in welchen die Beschwerden gegründet gefunden werden, keine Gebühr erhoben werden sollte. Insofern also die Gebühr auf dem Stempel ruht, sollte bestimmt werden, daß zu Beschwerden ausnahmsweise keine Stempel angewendet, sondern nur im Falle der Verwerfung derselben statt des Stempels eine Sportel angesetzt werden soll, — oder daß, wenn die Beschwerde gegründet gefunden wird, der gebrauchte Stempel aus der Kasse der Gerichtsgefälle zurückzuerstatten sei. D. R.

Digitized by Google

er dies beim Richterstande längst gethan hat, auch dem Advokatenstande den widerwärtigen Gebühren-Einzug abnähme. Während man wünschen muß, daß der Staat für den Advokaten Geld erhebe, besteht jetzt, und wird nach Beibehaltung des Stempels ein umgekehrtes, unerfreuliches Verhältniß bestehen, wornach der Advokat genöthigt wird, für den Staat Geld zu erheben, was er dazu voraus bezahlen muß, ohne es nur, abgesehen von manchem Verlust, wie andere Erheber von Staatsgeschäften oder von Domanial-Gefällen (arg. P. O. § 973) auf eine bevorrechtete Weise wieder erlangen zu können! — Der edle und erhabene Geist, welcher die badische Gesetzgebung durchdringt, wird hoffentlich den Advokatenstand von einem lästigen, zum wahren Beruf desselben nicht passenden Geschäfte befreien und bewirken, daß der Staat, welcher Gerichtsgebühren fordert, sie unmittelbar von dem wahren Schuldner, d. h. von der Partei selbst erhebe. *)

Den einzig durch Gewohnheit und Gerechtigkeit empfohlenen Weg hiezu bietet die jetzt übliche Spoetel-Erhebung dar, welche jedoch einiger Veränderung bedarf. Statt der bisher üblichen Einzeln-Spertellirung muß eine durchgreifende Art und Weise des Ansatzes und der Erhebung Statt finden. In dieser Hinsicht empfiehlt sich der in der Sitzung vom 13. Sept. 1831, Verhandlungen l. c. p. 16. von Staatsrath Jolly gemachte, und von mehreren Abgeordneten (Bikk l. c. p. 34. Aschbach p. 45) damahls unterstützte Vorschlag, wornach nur für die Haupt-Verfügungen der Gerichte eine Taxe oder Sportel angesetzt werden soll, während für alle Neben- oder Zwischen-Verfügungen nichts bezahlt wird. — In ähnlicher Weise spricht sich der schon erwähnte Vortrag von 1836 §. 32 für die Einführung einer auf das End-Urtheil zu legenden einmaligen Taxe aus, durch welche Erkenntniß-Sportel jede weitere Anrechnung ausgeschlossen würde. Die Vortheile, insbesondere die kräftige Einfachheit dieses Systems ist einleuchtend, zur Vollständigkeit desselben gehört aber die förmliche, in mehreren deutschen Staaten (z. B. in Lippe-Detmold) erfolgte Abschaffung des Eingaben-Stempels.

Die Prüfung der Gründe, welche mehr für einen Stufen- (Vermögens-, Werths-) Sportel und derjenigen, welche mehr für eine Klassen- (Geschäfts-, Arbeits-) Sportel sprechen, ist hier nicht erforderlich. Die Verhandlung der zweiten Kammer vom 13. Sept. 1831, sowie der Vortrag von 1836, bes. §. 26, geben darüber nachhaltigen Aufschluß. Die Hauptsache ist, daß die hier vertheidigte Allein-Sportel die Möglichkeit gewährt, die beiden in diesem Zweige entscheidenden Hauptgesichtspunkte nämlich a) den Werth des streitigen Gegenstandes, und b) dem veranlaßten Geschäfts-Umfang zu berücksichtigen. — In Bezug auf a) kann der Sportel-Betrag entweder nach Procenten oder nach Stufen bestimmt werden: in Bezug auf b) darf nicht der zufällige Geschäfts-Umfang des einzelnen Falles entscheiden, sondern es muß dabei auf die Geschäfts-Erledigung ankommen, weil nur für diese gerechter Weise vom Staate etwas in Anspruch genommen werden kann.**) Wäre dann mit Rücksicht auf den Werth ein höchster Betrag, ein Maximum der Sportel des einzelnen Falles festgesetzt, so würde durch die Art der Erledigung der im einzelnen Falle anzusetzende Theil-Betrag dieser höchsten Sportel bestimmt werden. Die Theilbeträge werden zur Bequemlichkeit der Berechnung am Zweckmäßigsten in Zehntheilen ausgedrückt. — Das Maximum mußte mit Rücksicht auf den bisherigen Stempel- und Sportel-Ertrag nach dem Durchschnitt mehrerer Prozesse (etwa nach der Zahl der neuen Civilprozeß-Statistik) bemessen werden. Die Hauptfälle sind:

1) Bei Erledigung durch ein End-Urtheil, welchem ein Beweis-Verfahren voranging, wird der höchste Betrag angesetzt.

2) Wurde das End-Urtheil ohne vorgängiges Beweis-Verfahren erlassen, so kommen $^{5}/_{10}$ des Maximum in Ansatz.

3) Bei Erledigung durch Vergleich, durch Verzicht, durch Erlöschen des Rechtszugs werden ebenfalls nur $^{5}/_{10}$ berechnet. ***)

---

*) Der Umstand, daß die Anwälte mittelst der Stempel die Sporteln gewissermaßen wieder vorschießen müssen, wie es bis 1834 der Fall war, ist wohl die Schattenseite des, das Geschäft sonst sehr vereinfachenden, Systems, die Gebühr für die gewöhnlichen Verfügungen auf den Stempel zu legen. Indessen ist denn doch auch bei diesem Systeme der Anwalt nicht der Erheber oder Bevollmächtigte des Staats, sondern der Bevollmächtigte oder Stellvertreter der Partei, und hat in dieser Eigenschaft, wie es bei andern Bevollmächtigten sonst ebenfalls vorkommt, Vorauslagen. Billig wäre es aber demohngeachtet, dem Anwalt hinsichtlich des Stempelersatzes gegen die eigentlich zahlungspflichtige Partei das nämliche Vorzugsrecht einzuräumen, welches nach S. 2098 a l. und 2101 a der Staat selbst anzusprechen hat. D. R.

**) Demohngeachtet wird man den Umfang des Geschäfts als den Maßstab dessen, was für die Erledigung desselben zu bezahlen ist, annehmen dürfen. Es entspricht dem Prinzipe eines in den Sporteln oder Stempeln liegenden Präzipualbeitrags zum Aufwand für die Gerichte, daß für den Rechtsstreit, welcher weitläufige Beweisverhandlungen nöthig macht, oder in welchem die Parteien säumig waren und Wiederherstellungsverhandlungen veranlaßten u. d. gl., mehr bezahlt werde, als wenn der Streit, wobei Geständnisse abgelegt wurden und nichts versäumt wäre, eine leichte und einfache Erledigung gefunden hätte. D. R.

***) Es gienge jedenfalls nicht an, das Erlöschen des Rechtszugs abzuwarten, da dasselbe nach den §§. 802 — 805 der b. Prozeßordnung erst nach mehr als dreijährigem Ruhen des Prozesses ein-

Digitized by Google

4) Bei Erkenntniſſen, welche erlaſſen werden, ohne daß überhaupt eine Verhandlung unmittelbar voranging, insbeſondere bei Liquid-Erkenntniſſen auf einen bedingten Zahlungsbefehl, ſo wie bei Verſäumungs-Erkenntniſſen werden $^{1}/_{10}$ des höchſten Betrages erhoben.

5) Gleiches findet Statt, wenn eine Klage ohne vorgängige Verhandlung in einer der Formen der §§. 357 — 360 der P. O. abgewieſen, oder die Appellation (P. O. §. 1214) für unzuläſſig erklärt oder die Beſchwerde (P. O. §. 1250) verworfen wird.

6) Für alle bedingte und unbedingte Befehle, einſtweilige Verfügungen, Arreſt-Erkenntniſſe (nicht Anlagen) im Sinne des §. 694 der P. O, ſowie für alle Urtheile in Sachen des abgekürzten Verfahrens, wird eine niedere feſtbeſtimmte Sportel feſtgeſetzt, für welche 45 Kreuzer den richtigen Maßſtab bilden dürften.

7) Alle anderen Verfügungen irgend einer Art, welche im Rechtsſtreite vorkommen (daher auch alle Verfügungen über ſogen. Incident-Punkte, insbeſondere über gegründete Beſchwerden, auf gegründete Wiederherſtellungs-Geſuche), ſowie alle Protokolle, ſind ſportelfrei. Denn es iſt anzunehmen, daß der hohe Betrag [1]) der Haupt-Erledigungs-Sportel die Beſteuerung dieſer Kleinigkeiten, und daher auch die Mühe und Schreiberei bei der Erhebung überflüſſig macht. Iſt dieſe Hauptſportel einmal bezahlt, ſo möchten wohl auch die nach dem Urtheil noch im Vollſtreckungs-Verfahren vorkommenden Verfügungen ſportelfrei bleiben. Es läßt ſich ſehr viel für die Anſicht ſagen, wornach der Staat durch die Vollſtreckung eigentlich nur für die Verwirklichung des rechtskräftigen Urtheils ein Gewähr leiſtet, für die er mit Fug nichts mehr fordern kann! —

Endlich bleibt noch ein Punkt übrig. Dem Stempel wird in der Regel wegen der Leichtigkeit der Erhebung und wegen der Sicherheit der Abgaben-Leiſtung der Vorzug vor der Sportel gegeben. Es läßt ſich nicht läugnen, daß dieſer Vorzug vollkommen gegründet iſt. Allein ohne Zweifel bleibt derſelbe eine nur untergeordnete Rückſicht. Vielleicht ließe ſich aber auch bei der Sportel eine größere Sicherheit der Abgabe bewirken! — Wäre es z. B. nicht möglich, geſetzlich anzuordnen, daß beim Beginn des Rechtsſtreites ſowohl der Kläger, als der den Anſpruch irgendwie bekämpfende Beklagte, jeder den höchſten Betrag der Hauptſportel bei dem Steuer-Amt zu hinterlegen haben. — Den Parteien geſchehe dadurch kein Unrecht; — eine von ihnen muß am Ende doch bezahlen. Der Sportelbetrag iſt meiſt zu gering, als daß der einſtweilen (wie übrigens auch beim Stempel) entbehrte Genuß des Geldes in Anſchlag käme. Nach erledigter Streitſache würde der obſiegende Theil die von ihm hinterlegte Summe ganz zurück erhalten, während das vom verlierenden Theil hinterlegte Geld von der Steuerbehörde entweder ganz oder zum Theil (je nach der Art der Erledigung) als Sportel-Einnahme verrechnet würde. Anſatz und Erhebung würde ungefähr wie bisher erfolgen. Die Gerichtsſtellen würden durch monatliche Liſten 1) aller neu begonnener Streitſachen, 2) aller rechtskräftig gewordener Urtheile oder ſonſtiger, oben erwähnter Erledigungs-Arten, ſtets den Steuerbehörden 1) von den Hinterlegungs-Fällen, 2) von den durch die Erledigung fällig gewordenen Sporteln Nachricht geben. Die Hinterlegung geſchieht entweder freiwillig auf eine Anweiſung des Gerichtes oder gezwungen mittelſt Mahnung und nöthigenfalls Execution, ebenſo die Bezahlung der Sportel. Der ordentliche Bürger, welcher vorausſieht, daß er nach erlangtem obſieglichem Urtheil den hinterlegten Betrag ſicher zurück bekömmt, wird nicht erſt die Mahnung abwarten: gegen den unordentlichen kann Ernſt und Strenge nie zeitig genug eintreten. — Allerdings würde wohl die vorgeſchlagene Hinterlegung manche Schreiberei und Berechnung veranlaſſen: aber es läßt ſich durch gedruckte Formulare, die bei den Gerichten und Steuerbehörden des Landes gleich gehalten werden, viel helfen; — in jedem Fall würde die neue Schreiberei und Rechnerei durch die größern und mehr zehntheiligen Zahlen einfacher und weniger zeitraubend, als die Bisherige ſeyn! —

Uebrigens ſollen die hier gegebenen Andeutungen poſitiver Vorſchläge nicht im Geringſten auf Vollſtändigkeit Anſpruch machen: ſie ſchienen nur nothwendig wegen ihres Zuſammenhangs mit dem negativen Zwecke dieſer Zeilen, welcher hauptſächlich darauf ausgeht, die Entbehrlichkeit des (Eingaben-) Stempels zu zeigen. — In dem Entwurf über die Gebühren für Geſchäfte der Rechtspolizei-Verwaltung kömmt der (Ausfertigungs-) Stempel nicht mehr vor: die Motive dieſes Entwurfes erklären ihn für eine überflüſſige Zugabe. Läßt ſich nicht ein Gleiches bei den Geſchäften [1]) der Rechtspflege in bürgerlichen Streitſachen behaupten? — warum kann hier nicht auch der Stempel abgeſchafft werden? —

M. M.

---

treten kann. Auch könnte man im Falle dieſes Erlöſchens des Rechtszugs wohl nicht gerade jedesmal $^{1}/_{10}$ des höchſten Betrags der Sportel anſetzen, indem der eine Prozeß ſchon im Anfange des Verfahrens erlöſchen kann, während der Andere dabei ſchon bis nahe an das Ende verhandelt ſeyn konnte, der Erſtere alſo dem Gerichte nur ganz wenig, der Andere aber ſchon ſehr viel Geſchäft veranlaßt haben kann. D. R.

[1]) Einſender begibt ſich jedes nur auf Gerathewohl gegründeten Urtheils über den Maßſtab dieſes Betrages; — um dieſen mit annähernder Zuverläßigkeit angeben zu können, müßte man wohl gute Durchſchnitts-Berechnungen über das Bisherige haben! — M.

[1]) Auch die Eingaben der Parteien oder ihrer Anwälte ſind in weitem Sinn — Geſchäfte der Rechtspflege! — M.

Sie ſind aber doch keine Ausfertigungsſtempel der Behörde.

Digitized by Google

II.

Iſt die Todesſtrafe rechtlich zuläſſig und nothwendig?

Die kürzlich der badiſchen Ständeverſammlung mitgetheilte Schrift des Herrn Profeſſors Zöpfl über die Todesſtrafe nimmt zwar die rechtliche Statthaftigkeit dieſer Strafgattung als ausgemacht an, hält ſie aber aus dem Geſichtspunkte der Zweckmäßigkeit nicht für nothwendig und führt aus, daß ſie bei der Unzuverläßigkeit alles juriſtiſchen Beweiſes wegen ihrer Unwiderruflichkeit der Humanität widerſtreite.

Der letzte Geſichtspunkt dürfte aber wohl ſchon um deswillen nicht maßgebend ſeyn, weil er gegen alle Strafen ohne Ausnahme geht, indem alle nach vollendeter Erſtehung nicht zurückgenommen werden können, und es giebt nur ein Motiv, auf ſtärkeren Schutz der Unſchuld gegen Strafen überhaupt oder gegen die Todesſtrafe insbeſondere, im Weg prozeſſualiſcher Vorſchriften, zu dringen.

Ob aber die Frage über Beibehaltung der Todesſtrafe aus dem Geſichtspunkte der Zweckmäßigkeit beurtheilt werden könne, dies dürfte von der Vorfrage abhängen, ob vom Standpunkt des Rechts aus die Todesſtrafe nicht bloß zuläſſig, ſondern nothwendig ſei?

Iſt letzteres der Fall, ſo kann natürlicherein aus dem Gebiete der Kriminalpolitik genommener Grund nicht dagegen angeführt werden.

Für die bejahende Antwort auf dieſe Frage liefert die neuere Rechtsphiloſophie den Beweis, und es ſoll hier verſucht werden, die Grundzüge dieſes Beweiſes in gedrängter Kürze mitzutheilen.

Schon um der nöthigen Kürze willen war es dabei nicht möglich, trotz des Strebens nach Gemeinfaßlichkeit, die ſtreng wiſſenſchaftliche Form ganz zu verlaſſen, und es durfte deßhalb dieſer Erörterung bei Manchen das nämliche Schickſal bevorſtehen, das die von einem geiſtreichen Freunde in dieſen Blättern mitgetheilten philoſophiſchen Aufſätze traf, nämlich als unverſtändlich bei Seite gelegt zu werden.

Den Wenigen unter den Leuten vom Fach, von welchen dieſes zu fürchten iſt, mag übrigens die Nachricht zum Troſte dienen, daß wir Hoffnung haben in der nächſten Zukunft aus gewandterer Feder eine ausführlichere und ſchon dadurch ſowie durch die Art der Darſtellung gemeinverſtändlicheer Beleuchtung des Gegenſtandes zu erhalten, welcher gründlich zu erforſchen für jeden Juriſten von der höchſten Wichtigkeit iſt. Die Grundlage der Strafe überhaupt und der Todesſtrafe insbeſondere iſt der Grundſatz der chriſtlichen Moral, welcher uns anweißt, gegen Andere zu handeln und zu unterlaſſen, wie wir wollen, daß Andere gegen uns handeln und unterlaſſen ſollen.

Es iſt nämlich vor Allem nicht zu überſehen, daß dieſe Vorſchrift ſich nur an das ſittliche Verhalten des Menſchen, an deſſen Wünſche und Begehren als moraliſches Weſen, richtet, und keineswegs an deſſen Wünſche und Intereſſen als blos ſinnliches, dem Irrthum und Fehlen unterworfenes Weſen.

Der Menſch ſoll nicht ſo gegen Andere handeln, und laſſen, wie er allenfalls nach ſeiner individuellen Unvernunft und Verkehrtheit wollen möchte, daß Andere gegen ſie handeln und laſſen, ſondern ſo wie er als vernünftiges Weſen, als eine von aller Sinnlichkeit und ſonſtigen Gewalt freie Perſönlichkeit wollen muß, daß gegen ihn gehandelt und gelaſſen werde.

Um vernünftig, um ſittlich frei zu ſeyn, muß aber der Einzelne nicht etwa die Befriedigung ſeiner mehr oder minder zufälligen und willkührlichen Wünſche und Bedürfniſſe wollen, ſondern er muß nach Regeln wollen und handeln, welche geeignet ſind, als allgemeine Verhaltungsnormen für alle Vernunftweſen zu gelten.

Nur, indem er mit dem vernünftigen dem allgemein gültigen Willen (dem Geſetz) übereinſtimmt, iſt der einzelne Wille, die Perſon, frei.

Die Freiheit der Perſon zu erringen und zu behaupten, iſt die höchſte Aufgabe des Menſchen, ſie gegen äußerlich aufgetretene Angriffe zu erhalten und wiederherzuſtellen, iſt die Aufgabe des Rechts, und die des Strafrechts insbeſondere, dieſe Angriffe und Verletzungen wieder aufzuheben, ſo weit ſie nicht blos gegen eine einzelne Perſon, ſondern gegen die an ſich ſeiende Freiheit, gegen den vernünftigen Willen Aller: gegen das Geſetz gerichtet ſind.

Das Geſetz an ſich hat nun nur wirkliches (äußerliches) Daſeyn, in ſofern es wirklich von Allen als Inhalt ihres Willens im Handeln feſtgehalten wird, es kann daher wie alles in der Welt, nur in dieſem ſeinem äußern Daſeyn, d. h. im einzelnen Willen, wirklich aufgehoben werden.

Da nun aber der einzelne Wille nur über ſich ſelbſt keine Gewalt hat, die Gültigkeit des Geſetzes in ihm aufzuheben, ſo verliert das Geſetz durch das Verbrechen ſeine äußere Wirklichkeit oder Gültigkeit, nur im Willen des Verbrechers. Nur in ihm wird das Recht wirklich aufgehoben, in ihm, und nur in ihm kann und muß es alſo wiederhergeſtellt werden.

Man würde aber irren, wenn man die Aufhebung und Wiederherſtellung des Rechts als Aenderungen anſehen wollte, welche im Willen, ſoweit er blos innerlich iſt, vor ſich gehen.

Die Eingaben der Parteien in Rechtspolizeiſachen müſſen bisher eben ſo auf Stempel geſchrieben werden, wie jene in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten, und zu den Ausfertigungen der Beſcheiden iſt in den Letzteren ſchon längſt kein Stempel mehr erforderlich, ſo wie er künftig auch bei allen Ausfertigungen in Rechtspolizeiſachen wegfallen ſoll. D. R.

Digitized by Google

So wie das Gesetz seine positive Gültigkeit noch dadurch hat, daß alle Personen nicht in ihrem Willen festhalten, sondern erst dadurch, daß sie auch darnach handeln, so wird die Gültigkeit des Gesetzes auch erst durch das verbrecherische Handeln und nicht schon durch die blos innere gesetzwidrige Willensbestimmung aufgehoben, und eben so hat es auch die für die Handhabung des Gesetzes erforderliche Wiederherstellung des Rechts nicht mit dem blos innerlichen Willen zu thun, dieser ist durch seine übersinnliche Natur aller äußern Gewalt entrückt, nur in sofern er auch äußerlich ist, kann er von einer äußern Gewalt ergeiffen und zur äußern Gesetzmäßigkeit genöthigt werden.

Diese äußere, vom Staat ausgehende Gewalt, welche den Verbrecher zwingt, äußerlich gesetzmäßig zu seyn, und in sofern der Wiederherstellung des Rechts auf dieselbe Weise manifestirt, wie der Verbrecher dessen Aufhebung manifestirt hatte, ist die Strafe, welche von allen einzelnen Willen, also auch dem des Verbrechers, gewollt werden muß, weil Alle vernünftige Wesen sind, welche ohne Ausnahme zur vernünftigen Freiheit nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, und weil ohne die gesetzliche Strafe die Erlangung dieses höchsten Rechts, die Erfüllung dieser höchsten Pflicht praktische Anerkennung der persönlichen Freiheit Aller, (als bedingt durch die Erhaltung des Gesetzes in seiner äußeren Gültigkeit) nicht möglich ist.

Frägt man nun, welche innere Beschaffenheit die Strafe haben müsse, so beantwortet sich diese Frage leicht aus dem angegebenen Zwecke derselben, welcher auf Wiederaufhebung der in der Person des Verbrechers stattgehabten Rechtsaufhebung gerichtet ist, und aus der Natur des Verbrechens selbst, dessen notwendige Folge die Strafe ist.

Jede Rechtsverletzung, den Ausdruck in der allgemeinsten Bedeutung aufgefaßt, stellt sich als Negation dar, und in sofern sie unter den Gesichtspunkt des Strafrechts fällt, d. h. in sofern sie nicht blos civilrechtliche Läsion, sondern Verbrechen ist, als Negation des als allgemeiner gedachten (vernünftigen) Willens, und zwar als eine solche Negation des Gesetzes, welche in dem Willen des Verbrechers ein positives Daseyn hat.

Da nun schon logisch jede positive Negation nur durch eine positive Negation aufgehoben werden kann, so muß die Strafe auch eine solche wirkliche Negation seyn, und zwar, da, wie oben gezeigt wurde, die Rechtsaufhebung nur im Willen des Verbrechers zur Wirklichkeit gelangt, so muß die Strafe gleichfalls den Willen des Verbrechers in seiner Aeußerlichkeit (positiv) aufheben, wie in demselben Willen durch das Verbrechen das Recht (der allgemeine Will) wirklich aufgehoben wurde.

Es zeigt sich also schon in diesem ersten Gesichtspunkte eine nothwendige innere Gleichheit zwischen Strafe und Verbrechen, so wie auch darin, daß beide in Bezug auf den durch sie verletzten oder aufgehobenen Willen sich als Uebel darstellen.

Frägt man weiter nach der Maßbeschaffenheit der Strafe, so zeigt sich auch hier sogleich die Nothwendigkeit des Prinzips der Gleichheit oder Verhältnißmäßigkeit zwischen Strafe und Verbrechen.

So wie das Uebel des Verbrechens nicht überall gleichförmig, sondern in unendlich manchfacher Größenverschiedenheit auftritt, so muß auch die Strafe, soll sie anders nicht willkührlich, sondern vernünftig und gerecht seyn, die gleiche Mannigfaltigkeit darbieten; wobei sich nur so viel im Voraus bestimmen läßt, daß dem höchsten Verbrechen das höchste physische Uebel als Strafe gebührt, und daß, so wie sich die andern Verbrechen von dieser höchsten Spitze herab abstufen, auch die Strafen sich abstufen müssen, wenn zwischen Verbrechen und Strafen ein dem Prinzip gerechter Gleichheit entsprechendes Werthverhältniß stattfinden soll.

Da nun das Verbrechen nur als Rechtsverletzung gegen Personen auftritt, so ist ohne allen Anstand dasjenige das schwerste Verbrechen, welches in der Form vollkommenster Zurechenbarkeit, das wichtigste Recht, das höchst physische Gut, das Leben, die Person selbst, vernichtet; und eben so unzweifelhaft ist unter den Strafübeln der Tod das höchste, nur das Leben steht dem Leben an Werth gleich; nur der Tod ist eine gleiche, folglich gerechte, Vergeltung für die in der Form der straflosesten Zurechnung begangenen Tödung eines Menschen. Der Abschaffung der Todesstrafe steht also zu allernächst entgegen, daß dann dem schwersten Verbrechen, die gerade nur für dieses absolut bestimmbare gerechte Strafe, die gleiche Vergeltung fehlen würde. Es steht ihr weiter entgegen, daß dann auch alle andern Strafen nothwendig ungerecht seyn würden; denn bei allem diesem ist die gerechte Gleichheit nicht etwas von vornen herein Bestimmtes, sondern sie beruht nur darauf, daß das Verhältniß der für das einzelne geringer Verbrechen gedrohte Strafe zu der höchsten Strafe dem Verhältniß entspreche, welches zwischen diesem Verbrechen und dem schwersten Verbrechen statt hat. Ob man nun bei Ausmittlung dieses Verhältnisses hinsichtlich der untergeordneten Verbrechen von der abgeschafften Todesstrafe, oder von der an ihre Stelle gesetzten mildern Strafe ausgehe, immer wird die Strafe eine ungerechte seyn, im ersten Falle wird sie nämlich im Vergleich mit der wirklichen Strafe der todeswürdigen Verbrechen zu hart, im letzten wird sie in demselben Maß zu mild, als die Strafe des todeswürdigen Verbrechens selbst zu mild ist. Trefurt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe den 15. Juni 1839.

I.

Ueber die Berechtigung zum Bürgergenusse.

Die Berechtigung zum Bezuge der Bürgernutzungen ist nach den §§. 1 und 44 des Bürgerrechtsgesetzes vom 31. Dezember 1831 allein an den Besitz des aktiven Bürgerrechts geknüpft und die Einweisung in den Genuß selbst aber kann der Bürger nach dem §. 87 des Gemeindegesetzes vom nämlichen Tage erst dann verlangen, wenn er das fünfundzwanzigste Lebensjahr zurückgelegt, und eine eigene Haushaltung oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung gegründet hat.

Als eine ausnahmsweise Art der Erwerbung des Bürgergenusses führt das letztere Gesetz (§. 85, 89, 92) den Fall an, wo das Nutzungsrecht in einer bestimmten Größe unwiderruflich auf dem Besitze gewisser Liegenschaften haftet, in welchem Falle dasselbe nur zugleich mit diesen letztern erlangt wird.

Weitere Nachweisungen fordert das Gesetz überall nicht; lediglich in Hinsicht auf die frühern Schutzbürger ist im §. 91 des Bürgerrechtsgesetzes die transitorische Bestimmung getroffen, daß solche, um in den Genuß einrücken zu können, vorerst den dreifachen Jahresbetrag des Werths der Bürgernutzungen baar zur Gemeindekasse müssen entrichtet haben.

Eine namentliche Folge dieser Gesetzesvorschriften ist die Aufhebung eines jeden etwa früher bestandenen, hiemit nicht übereinstimmenden Herkommens über die Berechtigung zum Bürgergenusse oder die Art des Einrückens in denselben. Eine Sanktion derartiger Observanzen kann in dem §. 85 des Gemeindegesetzes nicht gefunden werden, indem dort der Zustand vom 1. Januar 1831 blos rücksichtlich der Größe der einzelnen Genußtheile, nicht aber in Bezug auf die Berechtigung selbst, oder die Frage, wer überhaupt Anspruch auf Bürgernutzungen zu machen habe, bis auf weitere Aenderung gehandhabt wird; eben so wenig ist jener Normalzustand hinsichtlich der Bedingungen entscheidend, unter welchen ein Bürger zum Bürgergenusse gelangen, oder unter welchen ihm dieser wieder entzogen werden kann.

Diese eben angeführten gesetzlichen Grundsätze, welche auch bei den landständischen Berathungen keinen Widerspruch fanden, hat das Großh. Ministerium des Innern allen seinen frühern Entscheidungen über Rekurse wegen Bürgernutzungen zu Grunde gelegt, und insbesondere in einer Generalverfügung vom 21. Februar 1837 Nr. 1838 — (Bekannt gemacht im Anzeigeblatt für den Seekreis vom Jahr 1837, Nr. 29) — den Großh. Kreisregierungen zu erkennen gegeben. Dagegen vermag der Referent eine neuere Entscheidung derselben hohen Stelle hiermit nicht in Einklang zu bringen, welche über den Anspruch eines Bürgers in einer Gemeinde erging, wo anerkanntermaßen das Genußrecht nicht unwiderruflich an den Besitz eines bestimmten Hauses oder Grundstücks gebunden ist. Der Gemeinderath führte lediglich an, es habe daselbst stets das Herkommen bestanden, daß nur diejenigen Ortsbürger, welche ein sogenanntes Bauern- oder ein Söldnergut besitzen, einen Genußtheil beziehen. Die Entschließung des Großherzoglichen Ministeriums hierauf lautet:

„Da in der Gemeinde N. nach den vorliegenden Nachweisungen seit unvordenklicher Zeit das Herkommen bestand, daß nur diejenigen Gemeindeglieder, welche ein Bauern- oder ein Söldnergut besaßen, einen Bürgerholztheil bezogen. Da dieser Zustand sich faktisch bis zum 1. Januar 1831 erhalten hat, und diese Bezugsweise seither nicht durch einen nach §. 85 der Gemeindeordnung von zwei Dritteln der Stimmen aller Berechtigten gefaßten gültigen Beschluß abgeändert worden ist, sonach diese Bezugsweise auf den Grund des gedachten §. 85 noch jetzt als maßgebend angesehen werden muß; endlich da der Petent kein eigenes Bauern- oder Söldnergut inne hat; — wird der Recurs der Gemeinde ꝛc. für begründet erkannt, und das Begehren des Petenten um Zuscheidung eines, den Antheilen der übrigen Bürger gleichen Holzantheiles abgewiesen.“

Hier wird nun der bisherige Zustand als noch bestehende Norm über das Bezugsrecht selbst anerkannt. Wenn auch richtig ist, daß in jenen Gemeinden, wo der Bürgergenuß nach den mit Rücksicht auf den Güterbesitz verschieden benannten Bürgerklassen ungleich ist, diese Verschiedenheit in

Digitized by Google

der Größe insolange fortzubestehen hat, als nicht eine Gleichheit im Bezuge mit Staatsgenehmigung eingeführt wird; so muß auf der andern Seite zugegeben werden, daß auch ein Bürger ohne allen Güterbesitz rechtlichen Anspruch auf die Bürgernutzungen, und zwar auf gleiche Antheile mit den Bürgern der niedrigsten Klasse zu machen hat, *) indem das Gesetz nirgends den Besitz einer Wohnung oder eines Grundstücks als Bedingung zum Einrücken in den Bürgergenuß voraussetzt. Sind keine erledigten Antheile vorhanden, so muß ein solcher Bürger wenigstens nach dem Alter seines Bürgerrechts bei Offenwerdung von Loosen eingewiesen werden.

Die Fälle des Einrückens in den Bürgergenuß können nämlich auf folgende Art verschieden seyn:

1) wo unter einem privatrechtlichen Titel persönliche oder dingliche Ansprüche an das Allment- oder Gemeindegut bestehen, ohne Rücksicht auf den Besitz des Ortsbürgerrechts; hier müssen lediglich die einschlagenden landrechtlichen Bestimmungen zur Richtschnur dienen, je nachdem entweder ein Pacht, eine persönliche Nutznießung, oder ein erbliches Nutzeigenthum, eine Erbdienstbarkeit oder eine Grunddienstbarkeit in Frage liegt — (vergl. Staatsministerialrescript vom 2. Januar 1833. Nr. 25);

2) wo es sich um die gegenseitigen Genußrechte der Bürger kraft Gemeinderechts handelt; hier muß der Einrückende vor Allem das aktive Bürgerrecht erlangt haben, und die Eigenschaften besitzen, wie sie der §. 87 des Gemeindegesetzes vorschreibt. Es können nun hiebei

a) verschiedene Abstufungen in der Größe der Genußtheile bestehen, nach den am 1. Januar 1831 bestandenen Klassen der Bürger, wo diese nur in erledigt werdende Loose ihrer Klasse nach dem Range ihrer Befähigung hiezu einrücken. Wurden vormals Bürger ohne Güterbesitz nicht für genußberechtigt erklärt, so müssen diese, da das Gesetz die Genußberechtigung hievon nicht abhängig macht, der niedrigsten Klasse gleichgestellt werden.

b) Die Genußtheile sind gleich: jedoch

α. Die Zahl derselben ist beschränkt; hier rücken die jüngern Bürger nach dem Range ihrer Befähigung — (§. 87 des Gemeindegesetzes) — in erledigte Theile ein; oder

β. es sind mehr Loose vorhanden, als wirkliche Bürger; alsdann rückt, nach bewilligtem Antritte des angeborenen Bürgerrechts, sowohl jeder Bürgerssohn, als jeder neu aufgenommene Bürger in den Genuß ein, sobald er das fünfundzwanzigste Lebensjahr zurücklegt, und eine eigene Haushaltung oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung treibt.

Was endlich die singulären Bestimmungen rücksichtlich der den Soldaten durch das Gesetz eingeräumten Begünstigungen, so wie die vorübergehenden Vorschriften wegen des Einrückens der vormaligen Schutzbürger in den Bürgergenuß anbelangt, so bedürfen dieselben, als nicht hierher gehörige Ausnahmsfälle, keiner weiteren Erörterung.

v. Chrismar.

*) Ganz richtig, und so wurde früher beim Ministerium des Innern auch entschieden. D. R.

II.

Anfrage.

Findet der L. R. S. 1094 auch auf den Fall seine Anwendung, wo der verstorbene Ehegatte nur ein Kind oder nur Abkömmlinge von einem Kind hinterlassen hat?

Antwort. So lange die Auslegung einer Gesetzesstelle vorzuziehen ist, welche in Uebereinstimmung mit dem Wortlaut zugleich mit andern Gesetzesvorschriften übereintrifft, und somit jeden Widerspruch vermeidet — nein.

Der L. R. S. 1094 ergeht über den Fall, wo eine freigebige Verfügung des verstorbenen Ehegatten an den überlebenden mit dem Pflichttheil der Pflichterben, und namentlich im zweiten Absatz mit dem der Kinder im Widerstreit steht.

Nach L. R. S. 913 besteht der ganz allgemein vorgeschriebene Freitheil des Vermögens, wo Kinder hinterlassen werden, in der Hälfte des ganzen Vermögens, wenn nur ein Kind vorhanden ist, in einem Drittel des ganzen Vermögens, wenn zwei Kinder, und in einem Viertel des ganzen Vermögens, wenn drei oder mehr Kinder hinterlassen worden sind, und vergleicht man damit die Bestimmung des L. R. S. 1094, so wird dorten für den Fall des Zusammentreffens von Kindern mit dem Ehegatten des verstorbenen Elterntheils nur ein und derselbe Freitheil des Vermögens ohne scheinbaren Unterschied der Zahl der Kinder eingeführt, welcher in einem Viertel zu Eigenthum und einem andern Viertel zur Nutznießung oder in der Nutznießung der Hälfte des ganzen Vermögens allein besteht. Das Resultat dieser Vergleichung ist aber alsdann das, daß im Fall nur ein Kind vorhanden ist, der Freitheil des Vermögens für einen Fremden in der Hälfte des ganzen hinterlassenen Vermögens nutznießlich und eigenthümlich nach L. R. S. 913 bestände, während der Freitheil für den hinterlassenen Ehetheil nach L. R. S. 1094 nur in einem Viertel zu Eigenthum und in einem andern Viertel zur Nutznießung oder bloß in der Hälfte des Vermögens zur Nutznießung besteht. Hiernach wäre also der Freitheil nach L. R. S. 1094 bedeutend kleiner als nach L. R. S. 913. Sind zwei Kinder vorhanden, so wäre der Freitheil nach L. R. S. 913 ein Drittel des ganzen Vermögens zu Eigenthum und Nutznießung, nach L. R. S. 1094 ist er aber nur ein Viertel zu Eigenthum und ein anderes Viertel zur Nutznießung oder nur die Hälfte des Vermögens zur Nutznießung, so daß zwar hier die Freitheile nach L. R. S. 913 und 1094 sich ziemlich gleichstehen, jedoch der nach L. R. S. 1094 eher kleiner ist als nach L. R. S. 913. Sind endlich drei oder mehr Kinder vorhanden, so wäre der Freitheil nach L. R. S. 913 nur ein Viertel des Vermögens, während er nach L. R. S. 1094 ein Viertel zu Eigenthum und ein anderes Viertel zur Nutznießung oder die Hälfte des ganzen Ver-

Digitized by Google

mögens zur Nutznießung und demnach größer ist als im Fall des L. R. S. 913.

Hiernach ist es sicher, daß nach L. R. S. 1094 ein Kind einen größern Pflichttheil gegen den andern Ehegatten seines verstorbenen Elterntheils und somit gegen seinen eigenen Elterntheil hat, als gegen einen Fremden. Zwei Kinder haben gegen den andern Ehegatten einen Pflichttheil, der dem eines Fremden so ziemlich gleich steht, jedoch eher etwas geringer als größer ist, und drei oder mehr Kinder haben gegen den andern Elterntheil einen Pflichttheil, der jedenfalls geringer ist als gegen einen Fremden.

Es entsteht daher die Frage, was den Gesetzgeber bewegen konnte, gegen die allgemeine Vorschrift des L. R. S. 913 eine so höchst sonderbare Bestimmung im L. R. S. 1094 zu treffen, wornach der Pflichttheil der Kinder eine Abänderung seines Betrags erleiden und ohne Veränderung in der Person des Beschenkten einmal größer und einandermal kleiner werden soll.

Für eine Abänderung des Pflichttheils nach L. R. S. 913 läßt sich aber im S. 1094 allerdings ein Grund finden. Er besteht darin, daß der hier Beschenkte nicht ein dem Pflichterben Fremder sondern ihr eigener anderseitiger Elterntheil ist, von dem sie einstens als auch gegen ihn Pflichterben das wieder erhalten, was ihnen von dem verstorbenen Elterntheil entzogen worden ist. Dieser Grund führt jedoch nothwendigerweise dahin, daß, wenn der Gesetzgeber den Freitheil des Bedachten und den Pflichttheil des Notherben im S. 1094 ändern wollte, er ihn konsequenterweise nur dahin ändern konnte, daß der Freitheil an den andern Ehegatten größer seyn darf als an einen Fremden, weil er wieder an die Notherben zurückkehrt, und daß er nie geringer seyn kann als der eines Fremden. Für den Fall des S. 1094, wo nun zwei oder drei Kinder da sind, ist aber der Freitheil des andern Ehegatten allerdings größer als im Fall des L. R. S. 913 für einen Fremden. Wenn dagegen nur ein Kind da ist, so kann dem Fremden die ganze Hälfte des Vermögens eigenthümlich und nutznießlich vermacht werden, während dem Ehegatten nur die Hälfte nutznießlich oder ein Viertel eigenthümlich und ein anderes Viertel nutznießlich vermacht werden kann. Dazu giebt es gar keinen vernünftigen Grund. Der Grund der Verschiedenheit des L. R. S. 1094 gegen den L. R. S. 913 führt auf eine Verringerung des Pflichttheils und eine Vergrößerung des Freitheils, nicht aber auf eine Verringerung des Freitheils und eine Vergrößerung des Pflichttheils, und weil dieses der Fall ist, so muß man annehmen, daß der L. R. S. 1094 diese dem L. R. S. 913 und dem Grund des S. 1094 widersprechende Vorschrift nicht machen wollte. Er hat sie deßhalb auch nicht gemacht, denn er spricht nur von dem Fall, wo Kinder, d. h. wenigstens zwei, oder Abkömmlinge von ihnen vorhanden sind. Er spricht nicht von dem Fall, wo nur ein Kind vorhanden ist, und er darf deßhalb weder nach seinem Geist und Grund noch nach seinem Wortlaut auf den Fall angewendet werden, wo nur ein Kind vorhanden ist. Für diesen Fall bleibt es bei dem allgemeinen Gesetz, bei dem L. R. S. 913.

III.

Rechtsfall, vorgekommen beim Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises.

(Heft gegen Waibstadt).

Zur Beurtheilung der Frage, ob Beweisauflagen über Thatfragen, welche sich im Beweisverfahren und zwar in Beziehung auf dieses ergeben, zulässig sind?

In vorbenannter Rechtssache hatte der Kläger eine 75 fl. übersteigende Forderung gegen die Gemeinde Waibstadt geltend gemacht. Von der Beklagten wurde die ursprüngliche Existenz des Anspruchs zwar zugegeben, demselben jedoch die Einrede des Verzichts entgegengesetzt. Der Richter erster Instanz erkannte auf den Beweis dieser Einrede. Die Beklagte trat diesen Beweis an durch Berufen auf Administrativakten, in welchen sich die Urkunde über den Verzicht finden müsse, und durch den Antrag, mehrere Zeugen zu vernehmen. Es fanden sich die angerufenen Akten nicht, die Beklagte beantragte die Erhebung des Zeugenbeweises, welcher zulässig sei, weil sich die Akten nicht vorgefunden, der Unterrichter vernahm die vorgeschlagenen Zeugen und wies den Kläger, da die Aussagen der Zeugen der Beklagten günstig waren, mit seiner Klage ab. Den Zeugenbeweis hielt der Richter 1. Instanz für zulässig, weil mit den angerufenen Akten die Urkunde über den Verzicht verloren gegangen sei.

Gegen das untergerichtliche Urtheil ergeiff der Kläger die Berufung und rechtfertigte dieselbe hauptsächlich damit, daß die Einrede der Beklagten vollkommen beweislos sei, indem eine Urkunde über den angeblichen Verzicht nicht vorliege, der Zeugenbeweis aber theils wegen Größe der Summe, theils deshalb unzulässig erscheine, weil mit nichts bewiesen oder auch nur beschrinigt worden, daß eine Urkunde über jenen Verzicht jemals existiet habe. In II. Instanz wurde nun den Beklagten der Beweis aufgelegt, daß eine von dem Kläger über den Verzicht ausgestellte Urkunde vorhanden gewesen und verloren gegangen sei. Die Gründe dieser Entscheidung waren folgende:

Die bloße Behauptung, daß eine Beweisurkunde vorhanden gewesen, könne nicht genügen, um dem L. R. S. 1348 Absatz 4 zufolge, dem Zeugenbeweis Eingang zu verschaffen. Es müsse vielmehr auch hierüber Beweise geliefert seyn, wie über jede erhebliche Thatsache. Diese Thatsache sei aber erheblich, denn wenn sie nicht wahr sei, so finde der L. R. S. 1348 keine Anwendung. Diese Thatsache sei jedoch von dem

Digitized by Google

Unterrichter noch nicht zum Beweis ausgesetzt, der Oberrichter habe daher gemäß §. 1224 und 1221 a der Prozeßordnung dieses nachzuholen, weil die vernommenen Zeugen die Thatsache des Verzichts bestätigten.

Bemerkung des Einsenders.

Nach §. 393 der P. O. hat der Richter auf Beweis zu erkennen, wenn am Schlusse des ersten Verfahrens erhebliche Thatsachen zwischen den Parteien noch streitig und unerwiesen sind. Es läßt sich aber keine gesetzliche Bestimmung auffinden, welche es rechtfertigte, auch über Thatfragen, welche sich im Beweisverfahren nad zwar in Beziehung aaf dirses ergeben, auf Beweis zu erkennen. Es hat vielmehr der Beweisführer sogleich mit der Beweisantretung den Beweis allee Thatsachen anzatreten, aus welchen sich die Wahrheit des Beweissatzes ergeben soll.

Vergl. z. B. P. O. §. 417. 419 — 422. 426. 440. 626. 627.

Dagegrn ist ein weiteres Beweisverfahren nue über eine im Beweisverfahren entstehende Thatfrage, nämlich über die Aechtheit vorgelegter Urkunden zuläßig.

P. O. §. 444 und ff.

Es mußte also die Beliagte, wenn sie unter Bernfen auf L. R. S. 1348 Absatz 4 dem Zeugenbewris Eingang verschaffen wollte, mit der Beweisantretung oder doch spätesteas in II. Instanz, ohne weitere Aufforderung dazu, den Beweis führen, daß die aageblich verlorrn gegangene Urkunde wirklich existirt habe, denn nue unter dieser Voraussetzung war der Zeugrnbeweis zuläßig. Es liegt hier nämlich gerade derselbe Fall voe, als wenn ein Beweisführer durch Berufen auf L. R. S. 1347 oder 1348 Absatz 2 und 3 die Zaläßigkeit des Zeugeabeweisrs begründen wollte. In diesen Fällen wird er nämlich unstreitig mit der Antertung des Zeugeabeweises die vom Producten herrührende Urkunde, welche den Beweissatz waheschrinlich macht, den betreffeaden Nothfall oder Zufall unaufgefordert vom Richter, beweisen müssen, weil die in der Erwartung einrs Beweiserkenntnisses aufgestellte Behauptung des Daseins einer solchen Urkunde, eines Noth- oder Zufalls nicht genügen könnte.

Dieser Ausführung stedt auch der §. 430 der Prozeßordnung nicht im Wege, denn diese gesetzliche Bestimmung setzt ebenfalls den Beweis, daß dir Urkunde darch einen Zufall verloren gegangen, folglich einmal existirt habe, voraus.

Obergerichtsadvokat v. Soiron.

IV.

Generale über das Beruhenlassen von Untersuchungen.

Justizministerium.

Karlsruhe den 16. Juni 1837.

Nr. 2403. Bericht des Großh. Hofgerichts vom 23. v. M. Nr. 5104. Pl.

Die Behandlung derjenigen Straffachen betreffend, welche nach der Meinung des Untersuchangsrichters zur Zeit aaf sich beruhen müssen, weil kein Thäter ermittelt werden konnte.

Beschluß.

1) Dem Großh. Hofgericht zu bemerken:

Man ist mit dem Großh. Obeehofgericht und der Mehrzahl der Großh. Hofgeeichte der Ueberzeugung, daß auf die in diesseitiger Verfügung vom 17. August 1827 Nr. 3854 (die Formeln der absolutorischen Erkeantnisse in Straffachen betreffend) unter Nr. 4 vorgrschriebenen Formel:

„die Uatersuchung habe einstweilen aaf sich zu beruhen“ so fern rs sich von einem in thesi zur hofgrrichtlichen Competrnz einschlagenden Vrrgehen oder Verbrechen handelt, auch wenn keine bestimmte Prrson als Thäter in Unteesuchung gezogen wurde, nur von dem betreffenden Hofgerichte erkannt werden kann und hält den Schluß von der Befugniß odee vielmehr von der Verbindlichkeit des Unterrichters, unter gewissen Voraussetzungen, Untersuchungen einzuleiten, ohne vorgängiges Erkenntniß des Obergerichts zur Spezialuntersuchung zu schreiten, u. s. w. auf die Befugniß desselben, eingeleitete Untersuchangen liegen zu lassen, nicht für zuläßig.

Man überläßt demnach Großh. Hofgericht bezüglich auf dessen Brricht vom. 24 Januae l. J. Nr. 847 II. Senat das Oberamt N. in solchem Sinae zu verbrscheiden, und beauftragt dasselbe zugleich, sämmtliche Aemter seines Kreises anzuweisen, daß sie die Untersuchung und Acten in Fällen dee gedachten Art Großh. Hofgeeichte strkhin zue Verfügung vorlegen sollen.

Uebrigens ist schon in der diesseitigen Verfügung vom 12. August v J Nr. 3898 das Respiciat dieser Fälle den Staatsanwälten übrrtragen, welche die Aktrn zu durchgehen nad nach Befund der Umstände die geeigneten Anträge zu strllen haben.

Verbesserungen.

In Nr. 23, S. 151 Spaltr 2 Zeile 11 von untrn lies „die“ anstatt „keine“.

In Nr. 23, S. 152 Spalte 1 Zeile 1 ist zwischea „noch“ und „dadurch“ das Wort „nicht“ einzuschalten.

Ebendaselbst Zeile 2 lies „es“ anstatt „nicht“.

Ebendaselbst Zeile 14 lies „die“ anstatt „der“.

Ebrndaselbst Zeile 14 von unten lies „Läsion“ anstatt „Läsion“.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des siebenten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühe 2 fl. 15 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1839, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sir die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in drr Zusendung eintritt.

Von den ersten sechs Jahrgängen sind noch weaige vollständige Exemplare zu haben, welche, so weit es möglich ist, noch zum wohlfeilen Subscriptionspreis abgeaeben werden.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vierkanzler Bekk in Maanheim.

Druckrr and Vrrleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe den 22. Juni 1839.

Ueber Rechtsnachtheile mit Bezug auf das Beweisverfahren.

Bei einigen Untergerichten sowohl, als auch bei dem hiesigen Hofgericht, *) hat sich in Bezug auf die Rechtsnachtheile, die man nach eingekommener Beweisantretungsschrift und der hierauf an den Probaten erlassenen Verfügung dem letztern androht, schon seit längerer Zeit eine Praxis festgestellt, die sich, nach meiner Ueberzeugung, mit den Bestimmungen unserer Prozeßordnung nicht vereinigen läßt.

Sie besteht darin, daß man das Duplikat der Beweisantretung dem Probaten zum Vortrag seiner Beweiseinreden bei Vermeidung des Ausschlusses mittheilt, und nach Ablauf der hiezu anberaumten Frist auf Anrufen des Beweisführers, diesen Rechtsnachtheil dann wirklich ausspricht.

Die Androhung dieses Rechtsnachtheils ist es nun hauptsächlich, gegen dessen Zulässigkeit ich mir meine rechtlichen Bedenken hier auszusprechen erlaube, wünschend, daß es ein Anderer übernehmen möge, auch Gründe für die Beibehaltung dieses, mir ungesetzlich scheinenden Verfahrens anzugeben.

Unbestritten ist, daß es schon aus dem Geiste, aber noch mehr aus einer kathegorischen Bestimmung unserer Prozeßordnung im §. 633 hervorgeht, daß die Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung (i. e. ein Rechtsnachtheil) nur unter der Voraussetzung eintrete, als diese Folge in den Gesetzen bestimmt und vom Richter angedroht worden ist; es wird sich daher vor allem nur darum handeln, ob unsere Prozeßordnung irgendwo den Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit den Beweiseinreden für den Fall ausgesprochen oder bestimmt hat, wenn von dem Producten innerhalb der hiezu anberaumten Frist keine solche Einreden vorgetragen worden sind. Nach einer solchen Bestimmung sieht man sich jedoch in der Prozeßordnung überall vergebens um; man findet deshalb vielmehr ganz andere Vorschriften.

Im Allgemeinen bestimmt der §. 407 der Prozeßordnung: „Die Beweisanteetung wird der Gegenpartei mitgetheilt „mit derjenigen Verfügung, welche der Natur der im einzelnen Falle vorgeschlagenen Beweismittel angemessen ist;" und zu den in den folgenden Titeln der Prozeßordnung einzeln aufgeführten Beweismitteln ist bei jedem gesagt, welche seiner Natur angemessene Verfügung darauf ertheilt werden soll. So

1) beim Urkundenbeweis im §. 423 und 424 wird die Beweisantretungsschrift sammt Beilagen im Duplikat oder in Abschrift der Gegenpartei mitgetheilt, um sich darauf spätestens in der Productionstagfahrt vernehmen zu lassen bei Vermeidung des Rechtsnachtheils für den Producten, daß sonst im Fall seines Nichterscheinens die Urkunden für anerkannt angenommen würden;

2) beim Zeugenbeweis erhält der Product nach §. 460 der Proceßordnung das Duplikat der Beweisantretungsschrift und der Beweisartikel, um seine etwaigen Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit des Zeugenbeweises gegen die Person der Zeugen oder gegen die Beweisartikel innerhalb der für den Gegenbeweis laufenden Frist vorzutragen, so wie auch die Fragstücke innerhalb derselben Frist vorzulegen;

3) bei dem Beweis durch Sachverständige bestimmt der §. 539 der Prozeßordnung, die Beweisantretung sei dem Producten zu dem Ende mitzutheilen, um, wenn er will, innerhalb der zu bestimmenden kurzen Frist die Punkte zu bezeichnen, deren Berücksichtigung in dem Gutachten der Sachverständigen er seinerseits verlangt;

4) wenn der Beweis durch Augenschein angetreten wird, sagt die Prozeßordnung in §. 555 weiter nichts, als daß eine Tagfahrt zur Vornahme des Augenscheins anzuordnen und beide Parteien dazu vorzuladen seien, wobei jedoch der Gegenpartei das Recht zusteht, etwaige Beweiseinreden, wodurch sie sich der Vornahme des Augenscheins

*) Zu Rastatt.

Digitized by Google

widersetzt, jedoch wenigstens drei Tage vorher vorzutragen. §. 556 der Prozeßordnung.

5) Bei der Zuschiebung des Haupteides endlich, verfügt §. 580 der Prozeßordnung, sei die Beweisantretung sammt der Eidesformel der Gegenpartei mit der Auflage mitzutheilen, sich in der gesetzten Frist über die Annahme zu erklären bei Vermeidung der Folgen der Eidesverweigerung.

Also überall nichts von einem Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit Beweiseinreden.

Die Unzulässigkeit dieses Präjudizes ergiebt sich aber bei dem Zeugenbeweis auch noch aus einer speziellen Bestimmung der Prozßordnung. Der §. 462 der Prozeßordnung gestattet nämlich dem Producten, Einwendungen (soll wohl Einreden heißen) gegen die Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit der Zeugen auch in der Verhandlung über die Beweisausführung vorzutragen, mit Ausnahme derjenigen, die selbst durch Zeugen erwiesen werden wollen; wenn nun aber dieses der Fall ist, so kann ja der Product jedenfalls nicht mit allen seinen Beweiseinreden ausgeschlossen werden, und es ist demnach klar, daß das erwähnte Präjudiz beim Zeugenbeweis auch ein völlig wirkungsloses und eben deshalb auch rin in sich verwerfliches ist.

Welches Verfahren erscheint daher das allein richtige? —

Offenbar dasjenige, welches vorhin bei den einzelnen Beweismitteln mit Bezug auf die speciellen Bestimmungen der Prozeßordnung angedeutet wurde. Man mird mir aber entgegenhalten, daß das bisher beobachtete Verfahren sich auch durch seine Zweckmäßigkeit empfehle, indem es immer angemessener erscheine, wenn vorerst über die verschiedenen Beweiseinreden verhandelt und entschieden, und dann erst der für zulässig erklärte Beweis erhoben wird; ich antworte aber hierauf, wenn zu diesem Verfahren der Weg durch rine solch' unzulässige Voraussetzung gebahnt werden muß, so ist das Verfahren selbst ein unzulässiges; allein es läßt sich auch nachweisen, daß gerade dieses Verfahren, indem es den Producten so zu sagen, zu Beweiseinreden inducirt, sehr oft eine Verschleifung des Prozesses herbeiführt, und daher für beide Theile auch größere, für den am Ende obsiegenden Theil aber oft sogar unwiederbringliche Kosten verursacht, wogegen sich bei rinem nach den angegebenen Vorschriften der Prozeßordnung eingerichteten Verfahren diese Nachtheile, wenn anders auch die Anwälte das Interesse ihrer Clienten mehr, als ihr eigenes wahren, weit öfter vermeiden lassen.

Gehen wir zu diesem Zwecke die oben angeführten Beweismittel der Reihe nach noch einmal durch; so besagt

1) bei dem Urkundenbrweis des §. 431 der Prozeßordnung, daß Beweiseinreden, wodurch die Erheblichkeit odee Zulässigkeit des angetretenen Urkundenbeweises bestritten wird, den Producten nur dann von der Verpflichtung befreien, sich in der angeordneten Productionstagfahrt über die vorgelegten Urschriften zu erklären, wenn ihr Grund in der nämlichen Tagfahrt dargethan oder der Beweis hierüber wenigstens angetreten wird. Man kann nun sicher annehmen, daß diejenigen Fälle, wo solche Beweiseinreden auf darüber gepflogene Verhandlungen nachher verworfen werden und nun dennoch der Urkundenbeweis erhoben wird, die Hälfte ausmachen; in allen diesen hat daher die Verhandlung und Entscheidung über diese Beweiseinreden den Prozeß vielleicht um ein halbes Jahr verschleift und unnütze Kosten veranlaßt, wogegen, wenn man sogleich auf die eingekommene Brweisantretung Tagfahrt zur Urkundenproduction angeordnet, und sodann in der Tagfahrt zur Beweisanfechtung und Beweisausführung, wo ja der Product vorzugsweise die Zulässigkeit und Erheblichkeit des angetretenen Beweises zu bestreiten hat, auch hierüber gleichzeitig erkannt hätte, — der Prozeß auf einmal ausgegangen wäre.

Eine weitere Verschleifung des Prozesses wird aber bei dem bisherigen Verfahren auch noch dadurch herbeigeführt, daß, wenn dann in der Productionstagfahrt der Product z. B. die Echtheit der Urkunde bestreitet oder die Einrede der Falschhrit vorschützt, hierüber nach §. 443 der Prozeßordnung rin neues Verfahren beginnt, welches sonst gleichzeitig mit dem über andere Beweiseinreden vor sich gehen und auf rinmal die Entscheidung herbeiführen könnte.

Man kann gegen all' dies nicht einwenden, daß, wenn dem Producten nicht aufgegeben werde, innerhalb einer bestimmten Frist seine Beweiseinreden bei Vermeidung des Ausschlusses vorzutragen, er bei dem Beweise durch Urkunden, wie bei allen andern Beweismitteln noch immerfort damit gehört werden müsse; denn allerdings muß rr auch noch bei seiner Beweisausführung mit solchen Beweiseinreden gehört werden, welchr entweder keines Beweises bedürfen, z. B. wenn ihr thatsächlicher Grund vom Beweisführer zugestanden ist, oder aus der Beweisurkunde selbst erhrut, oder welche sogleich liquid gemacht werdrn können; daß er aber mit denjenigen Einreden, welche die Echtheit der Urkunden betreffen, auch ohne daß er damit ausgeschlossen wurde, in diesem letzten Stadium des Prozesses nicht mehr grhört werden dürfe, folgt schon aus der Alternative, daß der Product in der Productionstagfahrt die Urkunde entweder ausdrücklich anerkannt hat, oder in der Tagfahrt nicht erschienen ist, und deshalb in Gemäßheit des §. 424 der Prozßordnung dir Urkunde dennoch für anerkannt angenommen wird, womit auch an und für sich alle Einreden gegen deren Echtheit für versäumt gelten müssen.

2) Beim Zeugenbeweis wird es nun allerdings vermöge der Natur dieses Beweismittels und den der Gegenpartei

Digitized by Google

möglicherweise zustehenden verschiedenen Beweiseinreden nöthig, daß auf eine desfallsige Beweisantretung nicht sogleich die Erhebung des Zeugenbeweises angeordnet, sondern nach §. 460 der Prozeßordnung der Gegenpartei vorerst Gelegenheit gegeben wird, innerhalb der nach §. 399 der Prozeßordnung vom Tag der Behändigung der Beweisantretung laufenden Gegenbeweisfrist seine etwaigen Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit des Zeugenbeweises, gegen die Person der Zeugen und gegen die Beweisartikel vorzutragen. Hier zeigt aber schon der Ausdruck „erwaige Beweiseinreden" zur Genüge, daß es in der freien Willkühr der Gegenpartei stehe, jetzt schon solche vorzutragen, noch mehr aber ergiebt sich dies, wie bereits oben bemerkt, aus dem §. 462 der Proceßordnung, welcher dem Producten freistellt, alle diese Einreden, mit Ausnahme derjenigen, welche selbst durch Zeugen erwiesen werden sollen, noch in der Beweisschlußverhandlung vorzubringen; diese Ausnahme liegt aber in der Natur der Sache, beziehungsweise sie ist Folge der Eventualmaxime, und es versteht sich dann, wenn der §. 462 der Prozeßordnung besagt: „die durch Zeugen zu erweisenden allein „ausgenommen, welche vor der Abhör vorgebracht werden „müssen," — von selbst, doch solche Einreden, ohne daß es deshalb eines besondern Ausschlusses bedarf, nach der Abhör nicht mehr vorgebracht werden können.

Das den Bestimmungen der Prozeßordnung angemessene Verfahren beim Zeugenbeweis dürfte daher nach meiner Ansicht darin bestehen, daß

a. die Beweisantretung nach Maßgabe des §. 460 der Prozeßordnung dem Producten zur Vernehmlassung mitgetheilt, und

b. wenn nach Umfluß der Gegenbeweisfrist, oder wenn der Gegenbeweis durch Zeugen angetreten wird, innerhalb des hierauf anberaumten Termins keine Beweiseinreden vorgetragen werden, und unter der Voraussetzung, daß überhaupt der Zeugenbeweis als gesetzlich zulässig erscheint, in Gemäßheit des §. 463 und 464 der Prozeßordnung, nach Verwerfung der unzulässigen Zeugen und Beweisartikel von Amtswegen sofort Tagfahrt zur Beeidigung und Abhör der Zeugen angeordnet wird.

3) Bei der Beweisantretung durch Sachverständige und mittelst Augenscheins sind die Bestimmungen der Prozeßordnung über das zu beobachtende Verfahren so klar und bestimmt, daß darüber nichts beizusetzen übrig bleibt, und ebenso bedarf es

4) bei der Eideszuschiebung nur Weniges zu sagen. Hier bestimmt der §. 580 der Prozeßordnung den Rechtsnachtheil, welcher dem Producten mit der Verfügung angedroht werden soll, wodurch ihm die Beweisantretung sammt der beigefügten Eidesformel mitgetheilt wird, und der §. 582 der Prozeßordnung setzt fest, daß die Partei, welcher der Eid zugeschoben wird, in der ihr zur Erklärung über die Annahme angeordneten Frist durch Beweiseinreden die Eideszuschiebung als unzulässig oder als unerheblich, oder die Eidesformel als fehlerhaft anfechten könne; es bedarf also ebenfalls in der auf die Eideszuschiebung erlassenen Verfügung nichts weiter, als einer Aufforderung an die Gegenpartei, sich über die Annahme zu erklären, bei Vermeidung der Folgen der Eidesverweigerung; denn kommt innerhalb der anberaumten Frist keine Erklärung ein, so bleibt die Sache bis auf Anrufen des Beweisführers, auf sich beruhen, ruft aber dieser an, so wird der angedrohte Rechtsnachtheil der Eidesverweigerung ausgesprochen und nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist nach Maßgabe des §. 597 der Prozeßordnung, Tagfahrt zur Verkündung des Urtheils angeordnet,*) oder aber, die Gegenpartei schützt entweder innerhalb der zur Annahme des Eides anberaumten Frist oder noch innerhalb der gesetzlichen Wiederherstellungsfrist Beweiseinreden vor, dann wird nach §. 582 der Prozeßordnung verfahren, und so bedarf es auch hier, um mit dem Prozeß zu Ende zu kommen, der Androhung des Rechtsnachtheils des Ausschlusses durchaus nicht.

Wenn dieses Verfahren bei dem Unterrichter gilt; so läßt sich auch nicht absehen, warum es bei einem Collegialgericht anders seyn sollte; wenigstens müßte dies, wornach man jedoch eben so vergeblich sucht, durch irgend eine Bestimmung der Prozeßordnung angedeutet seyn, da der §. 1096 besagt, daß sich das Verfahren erster Instanz bei Collegialgerichten im Ganzen nach den nämlichen Vorschriften richte, welche für das Verfahren bei den Untergerichten gegeben sind mit den in den nachfolgenden Bestimmungen enthaltenen Verschiedenheiten, und in derselben Weise drückt sich auch der §. 1171 der Prozeßordnung rücksichtlich des Verfahrens in der zweiten Instanz aus.

Das von mir angedeutete Verfahren entspricht endlich auch den Grundsätzen des gemeinen deutschen Prozesses, welcher namentlich bei dem Zeugenbeweis bestimmt, daß, wenn dieser Beweis angetreten und die Beweisantretung vom Richter für zulässig erachtet wird, dieselbe dem Producten zuzustellen und ihm lediglich unter Vorbehalt seiner Einreden gegen die Zeugen und Beweisartikel zu

*) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auch noch bei der mündlichen Rechtsausführung, welche bei Collegialgerichten vor der Urtheilsverkündung noch immer Statt hat, alle Beweiseinreden gegen die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Eideszuschiebung und der Eidesformel vorgebracht werden können, und wenn solches nicht schon in der zur Annahme des Eides anberaumten Frist geschieht, so hat es nur die Folge, daß sich die Gegenpartei bei Vermeidung der Folgen der Eidesverweigerung jedenfalls über diese Annahme zu erklären hat.

Digitized by Google

gestatten sei, vor dem zugleich in diesem Dekret angesetzten Produktionstermin Fragstücke einzureichen.

Martin, Lehrb. des gem. deutschen Prozesses. 9. Aufl. §. 196. Linde a. a. O. §. 239.

Auch rücksichtlich der übrigen Beweismittel lassen sich die desfallsigen Bestimmungen unserer badischen Prozeßordnung in dem gemeinen deutschen Prozesse wieder auffinden, wie es denn überhaupt nicht geläugnet werden kann, daß, soweit derselbe von der Wissenschaft für bewährt gehalten wurde, ein großer Theil davon fast wörtlich in unserer Prozeßordnung wieder gegeben ist. Buisson.

II.

Rechtsfall.

Können die Bestimmungen des neuen Gemeindegesetzes, insbesondere §. 8 des Gesetzes über die Erwerbung des Bürgerrechts, auf ältere Fälle Anwendung finden?

In der Gemeinde L. G. war bis zum Erscheinen der neuen Gem. Ord. die Erwerbung des Bürgerrechts an die Entrichtung eines gewissen Einkaufgeldes für Erwachsene und Kinder gebunden.

Im Jahr 1823 heiratheten zwei Personen, welche ausserehlich ein Kind erzeugt hatten, und erwarben in jener Gemeinde für sich das Bürgerrecht nach damaliger Vorschrift. Für das per subsequens matrim. legitimirte Kind ward aber, weder das vorgeschriebene Einkaufsgeld entrichtet, noch überall das Bürgerrecht nachgesucht. Dessen ungeachtet wurde im Jahr 1838 letzteres auf den Grund des §. 8. cit. in Anspruch genommen. Die Gemeinde und das Amt verwarfen den Anspruch mit der Behauptung, daß das neue Gem. Gesetz auf diesen Fall keine Anwendung finde. Die Gründe wurden im Amtsbericht auf den Oberrekurs näher mit Folgendem entwickelt:

Die allgemeine Rechtsregel des L. R. S. 2, neben der ausdrücklichen Bestimmung des §. 96 des Gesetzes vom 31. Dcbr. 1831, so wie die praktische Rücksicht auf die unsägliche Verwirrung der gemeindebürgerlichen Verhältnisse, welche eintreten müßte, wenn man das neue Gesetz auf alle Fälle anwenden wollte, führten uns zur Verwerfung des Anspruchs. In letzter Beziehung fragen wir: wie viele Leute, die nach altem Rechte und Herkommen in Y. heimathberechtigt sind, müßten dort, wenn man sie unter das neue Gesetz stellen wollte, ihr Heimathsrecht verlieren, und nach X. oder Z. gewiesen werden? — Offenbar muß die Erwerbung eines jeden Rechts nach den Gesetzen, welche zur Zeit des die Erwerbung bedingenden Faktums gelten, nicht aber nach späteren Gesetzen beurtheilt werden. Denn welcher Richter könnte über die Rechtmäßigkeit eines Erwerbs erkennen, wenn er sich nicht nach bestehenden, sondern nach etwa künftig erscheinenden Gesetzen richten sollte?

Der Rechtszustand, welcher durch das, bei der Entstehung eines Verhältnisses geltende Recht begründet wird, dauert so lange, als nicht eine Abänderung desselben in gesetzlicher Weise erfolgt. Dies geschieht aber nicht durch den bloßen Eintritt neuerer Gesetze, denn diese heben wohlerworbenes Recht nur da auf, wo sie solches ausdrücklich verfügen; in der Regel lassen sie bestehen, was auf rechtsgültige Weise unter ältern Gesetzen entstand.

Die Gemeinde L. G. erwarb dadurch, daß die Rekurrenten 1823 bei ihrer Verehlichung das Bürgereinkaufsgeld für ihr natürliches Kind nicht entrichteten und dessen bürgerliche Annahme gar nicht begehrten, das Recht, diesem Kind die Bürger-Eigenschaft zu versagen, und dieses Recht kann das neue Gesetz nicht aufheben, ohne rückwirkend zu seyn. Oder sollte das neue Gesetz den Rekurrenten das in L. G. althergebrachte Bürgereinkaufsgeld, zum Nachtheil der Gemeinde, schenken und sie von Erfüllung solcher Bedingungen dispensiren, an die der Erwerb des Bürgerrechts gesetzlich geknüpft war?

Die Wirkungen einer nachgefolgten Ehe auf natürliche Kinder richten sich nach den, bei Eingehung der Ehe geltenden Gesetzen, wie andere Verhältnisse der Ehe nach den Verträgen, welche bei Eingehung der Ehe geschlossen wurden. So wenig zu Beurtheilung der Gültigkeit alter Eheverträge, oder Testamente das neue Landrecht angewandt werden kann, eben so wenig dient zur Beurtheilung der Existenz eines vom Jahre 1823 erworbenen Bürgerrechts der §. 8 des neuen Gem. Gesetzes. Denn es liegt hier nicht das in L. R. S. 2. b. vorgesehene Verhältniß vor, in welchem das neue Gesetz zwischen eintrat, ehe der Fall entstand (subseq. matrim), der die künftigen Folgen der vergangenen Begebenheit erzeugte. Das subseq. matrim. und mit ihm alles, was rechtlich davon abhängt, erfolgte 1823. Damals bestand der §. 8 cit. und das aus demselben hergeleitete Bürgerrecht des legitimirten Kindes nicht. Denn tempus regit actum, ist eine eben so wichtige Rechtsregel, als locus regit actum. Die Gesetze verfügen eben so wenig außer der Zeit (rückwärts) als außer dem Raum, oder dem Gebiet, wofür sie gegeben sind. Die Entstehung und Erlöschung persönlicher Rechte richtet sich, wie schon gesagt, nach den zur Zeit der entscheidenden Thatsache geltenden Gesetzen, folglich findet das Gesetz von 1832 keine Anwendung auf eine im Jahr 1823 erfolgte Ehe.

Jedes neue Gesetz hat seinen historischen Boden, den es nicht reguliren will, sondern läßt, wie er ist, indem es nur für die Zukunft verfügt. L. R. S. 2. So das Gem.

Digitized by Google

Ges., welches die nach altem Recht gültig konstituirten Verhältnisse respektirt, ohne den Gemeinden, oder einzelnen Bürgern, die Prüfung zu gestatten, ob Dieser oder Jener auch nach den Vorschriften des neuen Gesetzes ein rechtmäßig entstandener Bürger ist. So wenig aber nach altem Recht gültige und nach neuem Gesetz ungültige Bürger ausgemerzt werden können, eben so wenig sind nach altem Recht ausgeschlossene Leute nunmehr bürgerlich anzunehmen, wenn etwa das neue Gesetz die ältern, unerfüllt gebliebenen, Bedingungen aufhob. Kurz, die alten Fälle richtet man nach altem Recht und die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes per subseq. matrim. legitimirten Kinder nach diesem, wenn es sich von Erwerbungen — d. h. von erst zu bildenden Zuständen handelt. —

Die Großh. Regierung des O. R. K. erkannte hierauf am 7. August d. J. mit stillschweigender Verwerfung dieser Ansicht:

„In Erwägung, daß unbestritten ist, daß der Vater der W. das Bürgerrecht in L. G. erworben hatte und dasselbe zur Zeit seiner Verehlichung schon besaß;

In Erwägung, daß nach den Auszügen aus dem Tauf- und Traubuche v. E. nachgewiesen ist, daß W. zwar unehlich, jedoch durch nachgefolgte Verehlichung von ihren Eltern anerkannt und legitimirt ist; wird

Nach Ansicht des §. 8 des Gesetzes über die Rechte der Gemeinde-Bürger und die Erwerbung des Bürgerrechts, wonach die der elterlichen Gewalt noch nicht entlassenen, im Ehevertrag, oder vorher, von dem Vater anerkannten Kinder das Bürgerrecht durch die nachgefolgte Ehe in der Gemeinde erhalten, in welcher der Vater zur Zeit der Verehlichung solches hatte, da der Vater der W. zur Zeit seiner bürgerlichen Annahme in L. G. schon verheirathet war (umgekehrt) und W. damals schon vier Jahr alt gewesen — der amtliche Bescheid aufgehoben und der W. die Gemeinde L. G. als Heimathsgemeinde angewiesen." Gockel.

III.

Eine (doctrinelle) Erläuterung über die L. R. S. 466 und 824, insbesondere über die Frage, welche Schätzer bei Theilungen, bei denen Minderjährige interessirt sind, die Abschätzung vorzunehmen haben,

ertheilte das Großherzogliche Justizministerium in folgendem Rescripte vom 27. Juli 1838. Nr. 3098.

„Bericht der Regierung des Unterrheinkreises vom 11. d., die Abschätzung der Liegenschaften bei Erbtheilungen betr."

Beschluß.

1) Der Großh. Regierung des Unterrheinkreises zu erwiedern:

„Die Frage, ob eine Erbschaftstheilung, bei welcher Minderjährige interessiret sind, darum als eine blos fürsorgliche zu behandeln sei, weil die Abschätzung der Liegenschaften nicht durch die in Gemäßheit der Landrechtssätze 824 und 838 von den Parteien erwählten Sachverständigen, sondern durch einen Ortsvorgesetzten und den Waisenrichter vorgenommen wurde, muß allerdings verneint werden. Denn nicht die Landrechtssätze 824 und 838 sind hier maßgebend, sondern vielmehr der Landrechtssatz 466, welcher die specielle Vorschrift enthält, daß bei derartigen Theilungen die Sachverständigen von dem Gerichte zu ernennen seien. Dieser in dem Titel „über Minderjährige" ꝛc. vorkommenden landrechtlichen Bestimmung kann aber der Landrechtssatz 838 weder derogiren, noch steht sein Inhalt damit in Widerspruch, indem er nichts anderes besagt, als daß Theilungen, bei denen Minderjährige interessiret sind, nach den allgemeinen Regeln der Erbschaftstheilung (versteht sich, wo nicht eine singuläre Vorschrift etwas Abweichendes festsetzt) behandelt werden sollen."

„Es ist daher ein allgemein anerkannter Grundsatz des französischen Rechts, daß bei Erbtheilungen der gedachten Art, sofern sie gegen Anfechtungen gesichert seyn sollen, die Sachverständigen zur Liegenschaftsabschätzung nie von den Parteien zu wählen, sondern stets von dem Gericht zu bestellen sind. Ueber das desfallsige Verfahren enthält das Landrecht keine Vorschrift, es gehört dasselbe bei uns vielmehr wie die Theilung selbst, zum Wirkungskreis der Rechtspolizeibehörde, und findet sich in der Instruktion für die Waisenrichter vom Jahre 1810. §. 5 dahin geregelt, daß in Theilungen, bei denen Minderjährige betheiligt sind, ein Vorgesetzter und der Waisenrichter als ständige Schätzer fungiren. Man hält sich überzeugt, daß das Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises, das man von Gegenwärtigem hienebenbenachrichtiget, dieser den Gesetzen und der bisherigen Praxis gemäßen Auslegung beitreten werde."

2) Nachricht hievon dem Großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises."

So richtig diese Ansicht des Großh. Justizministeriums erscheint, so hatte dennoch früher schon, nämlich unterm 17. Januar v. J., der zweite Senat des Hofgerichts des Unterrheinkreises anders entschieden, indem er annahm, daß die Waisenrichter-Instruktion das Landrecht nicht ausdrücklich aufhebe, also dessen Anordnung neben den Bestimmungen des Landrechts Anwendung finde, und hiernach neben dem Ortsvorgesetzten und Waisenrichter noch besondere Taxatoren zu ernennen seien.

Der Unterzeichnete gehörte zur Minorität, die sich zu der Ansicht des Großh. Justiz-Ministeriums bekannte, und der Majorität Folgendes entgegenhält.

Digitized by Google

Der L. R. S. 824 enthält die wegen Taxation der Liegenschaften für Theilungen überhaupt geltende allgemeine Bestimmung; der Satz 466 aber ist eine specielle Bestimmung für die besondern Theilungen, wobei Minderjährige interessirt sind; jenes ist die Regel, dieses die Ausnahme; für letztere hat der Richter die Taxatoren zu ernennen, während sie der Regel nach von den Parteien gewählt werden. Anders läßt sich diese Antinomie zwischen den S. 824 und 466 nicht heben, oder man müßte dem Gesetzgeber die Absurdität unterstellen, daß er im S. 824 das aufgehoben habe, was er im S. 466 bestimmt hätte; der S. 824 ist im Urtext später promulgirt als der S. 466, ein späteres allgemeines Gesetz hebt aber das frühere specielle nicht auf. L. R. S. 6 c. Nun ist für Baden der Richter nicht blos an den S. 466, sondern auch noch an das Institut der Waisenrichter gebunden, welche durch das zweite Einführungsedikt §. 5. a. E. eingesührt sind, und deren Aufstellung und Pflichten das Gesetz vom 18. April 1810 näher bestimmt. Nach §. 5 dieses Gesetzes sollen der Ortsvorgesetzte und ein Waisenrichter ständige, für Theilungen, wobei Minderjährige interessirt, bestellte Taxatoren seyn, sie sind eben so von Amtes wegen aufgestellt, wie es der S. 466 vorschreibt. Das erwähnte Gesetz von 1810 ist zwar von dem Großh. Justiz-Ministerium erlassen, allein es erging auf Specialauftrag und in der in §. 9 im 12. Organisationsedikte von 1803 vorgeschriebenen Form nämlich in der solennen landesherrlichen Fertigung „Wir Carl Friedrich ꝛc.“ [1]) Dessen Bestimmungen sind daher bindend für den Richter. Der §. 5 des Gesetzes kann nicht die Waisenrichter als besondere neben den von den Parteien zu wählenden Experten aufzustellende ständige Taxatoren ansehen, sondern er stellt sie statt der in S. 466 gemeinten jedesmal für den besondern Fall vom Richter zu ernennende Taxatoren; die vom Richter zu ernennenden Taxatoren des S. 466 schließen aber die von den Parteien zu erwählenden des S. 824 aus, folglich müssen auch die durch den §. 5 des Gesetzes ernannten Waisenrichter die Taxatoren des S. 824 ausschließen, und nicht neben diesen fungiren.

Eben so wird auch in Frankreich das Verhältniß der Sätze 466 und 824 zu einander betrachtet, daß nämlich jener für die Minderjährigen und dieser für die Großjährigen maßgebend sei. So erkannte der Apellationshof von Poitiers am 18. August 1806 [2]) und der von Douai am 12. Mai 1837, [3]) und dieser Ansicht sind auch de Laporte [4]), Dalloz [5]), Magnin [6]), Vazeille [7]), und Zachariä [8]), während Proudhon [9]), Delvincourt [10]), und Chabot [11]) abweichende Meinungen haben.

Sommer.

[1]) Ueber die Gesetzeskraft der in solenner Fertigung und auf Special-Auftrag im Regierungsblatt erschienenen Gesetze, s. Jahrbücher des Oberhofgerichts. Neue Folge. Jahrgang 1836/37. S. 124. ff.

[2]) *Sirey.* 6. II. 237.

[3]) *Sirey.* 37. II. 138.

[4]) Pandectes françaises III. p. 239.

[5]) Jurisprudence du 19. siècle. T. 23. p. 394. (vo. successions ch. 6. S. 3. a. 4. §. 14.)

[6]) Traité des minorités, tutelles et curatelles. No. 981.

[7]) Résumé et conférence des commentaires du Code civil sur les Successions, donations et testamens. 1837. ad art. 824. No. 2.

[8]) Handbuch 4. Aufl. §. 621. N. 4.

[9]) Cours de droit. I. p. 225.

[10]) Cours de Code civil ad art. 824.

[11]) Commentaire sur les successions ad art. 824. (Dieser Meinung hatte Zachariä in seiner dritten Ausgabe beigepflichtet.)

IV.

Ueber Besitz und seine thatsächliche Darstellung im Prozesse.

Unsere Prozeßordnung schreibt in §. 247 unter Anderm vor, daß der Kläger die Thatsachen vollständig und deutlich anzuführen habe, die seinen Ansprüchen zum Grunde liegen, was nach §. 293 auch dem Beklagten gilt, so fern er die Ansprüche des Klägers mit einer eigentlichen Einrede zerstören will. Diese Vorschrift zu erfüllen, ist besonders schwierig bei Klagen, welche entweder durchaus oder in wesentlichen Wirkungen durch Besitz bedingt sind.

Dahin gehören vor Allem die Besitzklagen, deren Erfordernisse jedoch in der Prozeßordnung §. 750 so bestimmt und ausführlich aufgezählt werden, daß Verstöße wohl seltener sind.

Hiernächst folgt eine Klage, von welcher selten Gebrauch gemacht wird, während der Fälle sicher nicht wenige sind, wo sie zu Statten käme. Es ist die Publiciana in rem actio, stellvertretend für die Besitzklage, wenn solche verloren ist, und für die rei vindicatio, wenn der Besitz des Klägers zur Verjährung geeignet, diese aber noch nicht vollendet ist; statthaft nach unserm Landrechte, weil der Besitz im Allgemeinen alle Wirkungen des Eigenthums nach sich zieht. L. R. S. 544 c. Die thatsächliche Darstellung ergiebt sich aus den Erfordernissen der Verjährung, wovon später die Rede seyn wird.

Bei Weitem die wichtigste Klage ist aber die Eigenthums (Zueignungs-) Klage, rei vindicatio, sofern dieselbe eine Liegenschaft zum Gegenstande hat, sehr verschieden von der rei vindicatio des ältern (gemeinen) Rechtes. Das letztere forderte nämlich zum Erwerbe des Eigenthums durch Verträge nicht nur die Uebereinkunft der

Digitized by Google

Parteien, Eigenthum übertragen zu wollen, sondern es mußte auch eine Uebergabe zufolge jenes Verteages (traditio) hinzukommen, welche Thatsachen somit heute noch behauptet werden müssen, wenn der Eigenthums-Uebergang nach altem Rechte soll bewirkt worden seyn.

Das französische Recht hingegen spricht in Art. 1138 den umgekehrten Satz aus, daß bei Verträgen das Eigenthum kraft Gesetzes auf den Erwerber übergehe, und darnach bedarf es hier nur der Anführung des Vertragsinhaltes, um die Klage vollständig zu begründen.

Noch ein Anderes verordnet aber zum Theil unser Landrecht, zum Theil das II. Einführungs-Edikt. Letzteres enthält folgende allgemeine Vorschrift:

> Jeder, der ein liegendes Eigenthum aus irgend einem Rechtstitel erwirbt, ist schuldig, seinen Ewerb in das Grundbuch eintragen zu lassen. Ehe dies geschehen ist, kann er in Gerichten sein Eigenthum nicht geltend machen ꝛc.

Verordnung vom 22. Dez. 1809 §. 25 (Reg.-Bl. Nr. 53.)

Als ausgemacht wird nun anzunehmen seyn, daß diese Bestimmung nur für den Fall anschlage, wenn das liegende Eigenthum gegen Dritte, d. h., solche Personen geltend gemacht werden soll, welche bei dem Vertrage nicht mitgewirkt haben; oder, was gleich viel ist, der Besitz des liegenden Eigenthums ist gegen Dritte erst wirksam vom Tage der Eintragung zum Grundbuche. Daraus entstehen dann die weiteren Fragen: Gehört die Anführung des geschehenen Eintrags zur Klagbegründung? Welches ist im bejahenden Falle die Folge, wenn jene Anführung unterbleibt? Oder bildet der Mangel der Eintragung lediglich eine Einrede für den Gegner im Prozesse?

Der letztern Ansicht spricht das Wort die Analogie der L.R.S. 939. 941. 1069. 1072 und die Rücksicht, daß damit der Zweck des Gesetzes erreicht ist, nämlich durch die Oeffentlichkeit der Eigenthumsübergänge den Realkredit zu befestigen. Und so scheint auch Brauer in seinen Erläuterungen zu L.R.S. 939. 1583 die Sache zu nehmen.

Allein man darf nur da auf die Entscheidungs-Quellen der ratio legis und der Rechtsähnlichkeit zurückgehen, wo ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt, L.R.S 4 a. und diese Voraussetzung ist nach meiner Ueberzeugung hier nicht gegeben.

Bestimmt ist nämlich der Ausspruch des Gesetzes, daß Niemand sein Eigenthum vor Gericht geltend machend kann, ehe der Erwerbtitel zum Grundbuche eingetragen ist. Eben so ist klar, daß man sein Eigenthum klagend und einwendend geltend machen kann, und es wird also jener Satz dahin zu umschreiben seyn: Niemand kann das Eigenthumsrecht an einer Liegenschaft mit einer Klage verfolgen, oder mit einer Einrede vertheidigen, wenn er nicht den Eintrag seines Rechtstitels hat bewirken lassen. Demnach gehört zum thatsächlichen Klagegrunde der rei vindicatio die Anführung, daß der Erwerbtitel zum Grundbuche eingetragen sei. Für diese Auslegung spricht die Geschichte des L.R.S. 1583 a. und §. 25 des II. Einführungs-Edikts, welche mit der Inscription des französischen Rechts in den obigen Stellen nichts gemein hat. Brauer selbst lehrt uns nämlich, daß das Institut des Grundbuches aus dem ältern vaterländischen Rechte beibehalten wurde, und da ist denn nach dem baden-badischen Landrechte Th. II. Tit. 5 §. 1 und nach dem baden-durlachischen Landrechte Th. IV. Tit. 8 pr. §. 1—3. Alphab. Auszug sub voce: „Gewährung" unbestreitbar, daß die Eintragung zum Gerichtsprotokolle bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben war. Diese Nichtigkeit scheint mir nach dem Obigen im neuen Landrechte — dritten Personen gegenüber — beibehalten zu seyn.

Die Folge davon ist, daß auf eine Eigenthumsklage, welcher die Erwähnung des geschehenen Eintrags abgeht, die Ladung in der Form zu versagen ist: „Die Klage findet zur Zeit nicht Statt," nicht aber, wie schon geschehen ist, in der Weise: „Die Klage findet nicht Statt" Pr O. §. 358. 360, schon aus dem Grunde, weil der Eintrag zum Grundbuche nicht an eine bestimmte Zeit gebunden ist, somit in der Regel nachgeholt werden kann.

Das Nämliche gilt von der Erwerbung des Eigenthums an Liegenschaften durch einseitige Rechtsgeschäfte, denn §. 25 des II. Einführungs-Edikts spricht allgemein und seine Vorschrift ist nochmal ausdrücklich wiederholt bei dem Erwerb aus Vermächtnissen. L.R.S. 1002 a.

Ueberhaupt wird zu wenig darauf gehalten, das Institut des Grundbuches gehörig zu benützen, obschon dasselbe nicht nur civilrechtlich, sondern auch prozessualisch große Wichtigkeit hat. Man vergleiche nach L.R.S. 958 Pr.O. §. 257. Der größere Theil der Staatsbürger kann unmöglich berechnen, welche Vortheile das Grundbuch gewährt, und wird, da die Anmeldung zum Eintragen nicht geboten ist, nicht selten erst durch Schaden klug, wo nicht mehr zu helfen ist.

Ungleich schwieriger wird die Sache, wenn die rei vindicatio oder eine Einrede auf erwerbende Verjährung begründet werden will, und hier ist es, wo von Parteien und Anwälten die nachtheiligsten Fehler begangen werden.

Der Richter ist nämlich in seiner eigentlichen Funktion nur berufen, streitige Thatsachen unter die Regel des Gesetzes zu subsumiren; darum verlangt die Prozeßordnung im §. 217. 293, daß zur Begründung von Ansprüchen Thatsachen angeführt werden. Dieser Vorschrift ist jedoch offenbar entgegengehandelt, wenn eine Klagschrift damit beginnt:

Digitized by Google

„der Kläger besitzt dieses oder jenes Grundstück," oder: „der Kläger ist Besitzer dieses oder jenes Gutes." Dieß ist nichts anderes, als eine petitio principii; denn es wird als ausgemacht vorausgesetzt, was der Richter erst aussprechen soll, ob die Merkmale vorhanden sind, welche den juristischen Begriff des Besitzes ausmachen. Eben so geschieht es, daß der Kläger anführt, sein Besitz sei ein fortwährender, ununterbrochener, öffentlicher, ruhiger und unzweideutiger, statt daß er Thatumstände anführt, welche dem Richter die Ueberzeugung gewähren, daß diese rechtlichen Eigenschaften des Verjährungsbesitzes vorliegen. Thatsachen dieser Art sind: das Pflügen, Einsäen, Bepflanzen eines Ackers, das Bewohnen eines Hauses, die Vornahme von Reparaturen, die Anlage von Gräben u. s. w.

Es kann nicht genug empfohlen werden, vor Anstellung einer solchen Klage alle ihre gesetzlichen Voraussetzungen sich anschaulich zu machen, vor allen Dingen in die Theorie sich einzuarbeiten, um z. B. zu beurtheilen, wie die Begriffe „fortwährend," „ununterbrochen" und „ruhig" sich unterscheiden, und wie dieselben in den vorliegenden Thatsachen sich darstellen lassen.

Gehen wir nach diesem zu den einzelnen Arten der bestimmten Verjährung über, welche sämmtlich die angeführten Erfordernisse zur Grundlage haben müssen, so ist bei der 10 und 20jährigen noch ein spezieller Rechtstitel anzuführen, welcher bei der 30jährigen hinwegfällt. L.R.S. 2262. 2265. Die thatsächliche Begründung hat in dieser Hinsicht keine Schwierigkeiten, und nur die Bemerkung dürfte hier am Orte seyn, daß die Klugheit anräth, die Verjährung von dem Vorgange rückwärts zu berechnen, welcher Grund zur Klage gegeben hat, oder bei Einreden von dem Tage rückwärts, wo solche vorgeschützt werden, oder wo die Ladung auf die Klage zugestellt wurde. Denn die Beweise für die neuere Zeit sind leichter beizubringen, als für diejenige, welche weiter hinter uns liegt. Eine Ausnahme hievon gilt für die Fälle, wo eine vor dem 1sten Januar 1810 vollendete Verjährung den Grund der Klage oder Einrede abgeben soll. L.R.S. 691. Hier muß vom 1sten Januar 1810 rückwärts gerechnet werden.

Am mangelhaftesten wird endlich die unvordenkliche Verjährung behandelt. Man behauptet nämlich, daß ein gewisser Zustand oder der Besitz eines Rechtes „von jeher" oder „seit undenklichen Zeiten" oder „seit Menschengedenken" gewährt habe, und darin soll die unvordenkliche Verjährung liegen. Ich darf hierüber wohl kurz seyn. Die Verordnung vom Jahr 1803 — erneuert und auf das ganze Land ausgedehnt im J. 1808 (Reg.-Bl. Nr. 2) — über den Zeugenbeweis bei dieser Verjährung enthält zugleich die Thatsachen, welche den Beweissatz, d. i. den thatsächlichen Grund der Klage überhaupt darstellen. Sie lassen sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1) der behauptete Zustand oder Besitz muß seit Menschengedenken, und zwar die ganze Zeit über fortgedauert haben;
2) der Anfang des Zustandes oder Besitzes darf nicht bekannt seyn,
   a) weder aus eigener Wissenschaft der lebenden,
   b) noch vom Hörensagen der vorhergehenden Generationen;
3) in gleicher Weise darf auch ein gegentheiliger Zustand nicht bekannt seyn, weder positiv de cuentia, noch negativ de auditu.

Gleiche Grundsätze, wie bei der der rei vindicatio, gelten bei der actio negatoria, mag sie auf Rechtsgeschäfte oder auf Verjährung gebaut werden, und ähnliche bei der actio confessoria.

Endlich muß noch von dem Besitze gewisser Rechte die Rede seyn, an welchen eine quasi possessio nach römischem Rechte nicht denkbar war. Dahin gehören die Rechte der ehelichen Kindschaft, welche in Ermanglung des Geburtsscheins durch den beständigen Besitz der ehelichen Kindschaft erwiesen werden. L.R.S. 320. Was zur Begründung dieses Besitzes angeführt werden muß, ist speziell aufgezählt im L.R.S. 321, weßhalb hier nichts weiter zu bemerken ist.

Zuletzt spricht man auch in einigen Fällen von dem Besitze rein persönlicher Rechte. Wer nämlich eine vollzugsreife Urkunde in Handen hat, welche wider einen Verstorbenen galt, der kann den Vollzug erst 8 Tage nachher betreiben, nachdem er sie den Erben urkundlich hat vorzeigen lassen. L.R.S. 877.

Ebenso darf Derjenige, welcher durch Cession zu einer vollzugsreifen Urkunde gelangt, die Vollstreckung eher nicht nachsuchen, als nachdem die Cession dem Schuldner urkundlich verkündet worden ist. L.R.S. 2214. Mit andern Worten, der Gläubiger erlangt gegen die Erben und gegen den cedirten Schuldner erst Besitz von dem Tage der genannten Eröffnungen.

Und auf den Grund dieser Analogien, so wie der Geschichte des L.R.S. 1690, wird die bekannte Streitfrage zu entscheiden seyn, daß der Gläubiger, ohne vorgängige Bekanntmachung der Cession auch dem Schuldner gegenüber den Besitz nicht erlangt hat.

Troplong, de la vente (éd. de Bruxelles) Nr. 882—883.

Mayer.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des siebenten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 15 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1839, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Von den ersten sechs Jahrgängen sind noch wenige vollständige Exemplare zu haben, welche, so weit es möglich ist, noch zum wohlfeilen Subscriptionspreis abgegeben werden. **Ch. Th. Groos.**

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 26. Karlsruhe den 29. Juni 1839.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall

über eine Vaterschaftsklage eines natürlichen Kindes.

Ein natürliches Kind richtete gegen einen Dritten eine Klage auf Vaterschaftserklärung, weil er sich zu verschiedenen Zeiten und vor verschiedenen Personen als sein Vater anerkannt habe. Diese Klage ward vom Amt als in Rechten unbegründet alsbald verworfen, dagegen vom Hofgericht als begründet zugelassen, weil man annahm, wie sich die Entscheidungsgründe ausdrückten, daß der Beklagte die Vaterschaft des Klägers, *also den Beischlaf* mit der Mutter des letztern um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß freiwillig zugestanden habe, obschon auch nicht eine nur darauf unmittelbar hindeutende Thatsache angeführt war, sondern sich die Thatsachen der Klage darauf stützten, daß der Beklagte den Kläger seinen Sohn genannt, an ihn als seinen Sohn habe schreiben lassen und dgl. Kläger trat daraufhin den Beweis der Vaterschaftsanerkennung mittelst Zeugen an, die aber als unzulässig verworfen wurden, weil man annahm, daß der Beweis der Anerkennung und freiwilligen Erklärung einer Vaterschaft nicht durch Zeugen allein geschehen könne, sondern der Einleitung eines schriftlichen Beweises bedürfe, indem dieses selbst bei der ehelichen Kindschaft nach L. R. S. 323, und noch gar bei dem vom Gesetz begünstigten Beweis der Mutterschaft nach L. R. S. 341 der Fall sei, und von dieser Regel keine Ausnahme für die Fälle freiwilliger Erklärung der Vaterschaft eine Ausnahme festgestellt worden sei. Daraufhin machte der Kläger von dem Eidesvorbehalt Gebrauch und schob dem Beklagten den Eid darüber zu, „*daß es nicht wahr sei, daß er sich freiwillig als Vater des Klägers bekannt habe,*“ und auf diesen Eid wurde mit der Eidesfolge erkannt, daß im Nichtschwörungsfalle der Beklagte als Vater des Klägers erklärt werde.

Die Entscheidungsgründe lauteten:

Da nach S. 340 a. Derjenige als Vater eines unehelichen Kindes erkläret werden kann, welcher des Beischlafs mit der Mutter desselben zur Zeit der unterstellbaren Empfängniß freiwillig geständig ist, so mußte diese gesetzliche Bestimmung hier um so eher ihre Anwendung finden, als die Klage auf ein Geständniß gebaut ist, welches nicht nur jenes in dem angeführten L. R. S. 340 a. bezeichnete Erkenntniß involvirt, sondern noch sich nach Ursache und Folgen auf das Bestimmteste ausdrückt.

Indem aber Beklagter Seits dieses Geständniß beabredet worden ist, und deshalb zum Gegenstand eines Beweiserkenntnisses genommen werden mußte, nachdem ferner der vom Kläger vorgeschlagene Zeugenbeweis hinsichtlich des auferlegten Beweissatzes durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 8. Januar 1838 als unzulässig verworfen worden ist, so mußte der vorbehaltene Eid umsomehr als statthaft angesehen werden, als es sich hier um eine außergerichtliche, schriftliche Beurkundung nicht bedürfendes Geständniß der Vaterschaft handelt, und als der §. 12 der Eidesordnung vom 24. Mai 1802, deren Fortbestehen neben dem Landrechte der Art. XVIII. des I. Einführungsedikts vom 3. Febr. 1809 ausspricht, Eide wie der fragliche ausdrücklich zuläßt.

Die Entscheidung dieses Rechtsstreites leidet wohl an mehr als einem Gebrechen.

Die Thatsachen der Klage giengen sammt und sonders auf Vorfälle wo der Beklagte den Kläger *seinen Sohn genannt* hatte, so wird z. B. erzählt, er habe einen Zeugen aufgefordert, für ihn (den Beklagten) an seinen Sohn (den Kläger) zu schreiben, seinem Sohn (dem Kläger) Geld zu bringen, ob er keinen Brief von seinem Sohn (dem Kläger) habe und dergl.; und vergleicht man nun mit diesen Thatsachen die Eidesformel, daß er (der Beklagte) sich nicht *freiwillig als Vater des Klägers bekannt habe*, so ersieht man alsbald, daß diese Eidesformel keineswegs auf die in der Klage angeführten Thatsachen gerichtet ist, sondern die juristische Folgerung aus diesen Thatsachen — eine freiwillige außergerichtliche Va-

Digitized by Google

terschaftsanerkennung — enthält, und daher schon deshalb als einen Rechtsbegriff enthaltend, nicht hätte auferlegt werden sollen.

Auf die neben dem Landrecht noch geltende Eidesordnung konnte aber die Zulässigkeit des erkannten Eides in keiner Weise gebaut werden, denn wenn es zwar ganz richtig ist, daß der §. 12 der Eidesordnung nur in den Untersuchungssachen wegen Hurerei und Schwängerei die Eide abschafft, und ausdrücklich sagt, daß insoweit ein Civilpunkt, z. B. Schadensersatz, Paternität in Frage komme, der Civilrichter alsdann auf einen Eid in Bezug auf diesen Civilpunkt sprechen kann, so geht diese Vorschrift offenbar von dem damals geltenden Recht aus, wornach Alimentations- und Paternitätsklagen der natürlichen Kinder schlechthin zulässig waren. Das Landrecht schafft aber im L. R. S. 340 die Paternitätsklagen der unehelichen Kinder ausdrücklich ab, und wenn also eine solche Paternitätsklage nach L. R. S. 340 schlechthin unzulässig ist, so muß auch der zu ihrem Beweis zugeschobene Eid unzulässig seyn, und zwar nicht deshalb, weil etwa das Landrecht den Beweis der Paternität durch Eide nicht zuläßt, sondern deshalb, weil das Landrecht die Paternitätsklage als solche nicht zuläßt, und es daher auf ihren Beweis gar nicht ankommt. Es gilt alsdann der Spruch — non probetur quod probatum non relevat.

Man wird dagegen sagen wollen, daß hier die Klage auf Vaterschaftserklärung selbst nach den Bestimmungen des Landrechtes zulässig war, und alsdann auch ihr Beweis quovis modo erhoben werden mußte, worin der Eid nicht ausgeschlossen war; allein das ist gerade der hauptsächliche Uebelstand hier, daß man die Klage überhaupt zugelassen hat, was nie hätte geschehen sollen.

Die Zulassung der Klage auf Vaterschaftserklärung beruht auf der Argumentation, daß die geschehene außergerichtliche Anerkennung des Beklagten, daß der Kläger sein Sohn sei, mit dem außergerichtlichen freiwilligen Zugeständniß des Beischlafs mit der Mutter des Klägers gleichgeltend sei, und daher in dieser Beziehung nach L. R. S. 340 a. die Paternitätsklage begründe und zulässig mache, was aber ein offenbarer Irrthum ist.

Geht man nämlich, wie man muß, bei Auslegung des Landrechts in Beziehung auf Paternitätsklagen unehelicher Kinder, von einem obersten allgemeinen Grundsatz aus, so muß man als solchen den anerkennen, daß die Nachfrage nach der Vaterschaft eines unehelichen Kindes verboten ist. Von diesem im ersten Satz des L. R. S. 340 enthaltenen Princip macht nun das Gesetz im zweiten Satz des L. R. S. 340 und im L. R. S. 340 a mehrere Ausnahmen, welche als Ausnahmen strenge auszulegen sind. Wenn daher der L. R. S. 340 a als eine solche Ausnahme den Fall aufstellt, wo Jemand des Beischlafs mit der Mutter eines unehelichen Kindes um die Zeit der gesetzlich unterstellbaren Empfängniß freiwillig geständig ist, so ist dieser Fall als eine Ausnahme des allgemeinen Princips des L. R. S. 340 auf seinen Inhalt strenge zu beschränken. Als Inhalt der Ausnahme ist aber das Geständniß des Beischlafs zu betrachten, und wo dieses Geständniß nicht vorliegt, sondern wo solches erst aus ganz andern Thatsachen und ganz verschiedenen Rechtsvorkömmnissen geschlossen werden soll, ist es um so weniger als ein Geständniß des Beischlafs zu betrachten, weil sonst am Ende aller Enden alle mögliche und denkbare Aeußerungen und Vorfälle hinsichtlich einer Vaterschaft sich auf ein Geständniß des Beischlafs deshalb zurückführen lassen, weil er nach Naturnothwendigkeit immer die letzte Grundlage der Vaterschaft bildet. Sowie man solche Schlüsse und Folgerungen zuläßt, sowie man gänzlich verschiedene Rechtsvorkömmnisse, wie z. B. gerade hier die Benennung eines Individuums als Sohn dem Geständniß des Beischlafs als gleichgeltend ansieht, so besitzt man keine Schranken der Paternitätsklagen mehr, sondern solche Klagen sind überall da zulässig, wo man aus irgend einer Vorkommenheit des Lebens einen Schluß daraufhin ziehen kann, daß sie einen Bezug auf einen außerehelichen Beischlaf habe. Solche Schlüsse sind schon für sich unstatthaft, weil das Gesetz die Paternitätsklagen allgemein verbietet, und deshalb eine ausdehnende Auslegung der Fälle des S. 340 a unzulässig ist, sie sind aber gerade für die hier vorgelegenen Aeußerungen, wo sich solche nur auf Benennungen und Anerkennungen des Klägers als Sohn bezogen haben, noch um so verwerflicher. Durchgeht man nämlich die Ausnahmen des S. 340 a, so findet man alsbald, daß sie sich sämmtlich unmittelbar auf die Thatsache eines unehelichen Beischlafs beziehen, und daß also daraus die Paternitätsklage den Grund ihrer Zulässigkeit schöpfen muß. Diesem Grund der Paternitätsklage ist nun im L. R. S. 334 — 339 die Anerkennung eines unehelichen Kindes entgegengesetzt, und als weiterer Klaggrund der Paternitätsklage aufgestellt. Derselbe ist aber zugleich im L. R. S. 334 an die dorten benannten Formen des Vollzugs der Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde oder in der Geburtsurkunde gebunden, und wo diese Formen nicht eingehalten sind, ist dieser weitere Klaggrund der Paternitätsklage nicht vorhanden. Betrachtet man unter diesen Voraussetzungen die Thatsachen der hier angestellten Klagen, so ersieht man alsbald, daß sie sämmtlich sich nicht auf ein Geständniß des Beischlafs, sondern auf eine außergerichtliche mündliche Anerkennung des Klägers als Sohn bezogen, wie

Digitized by Google

hauptsächlich aus der Eidesformel selbst hervorgeht, daß Beklagter sich nicht freiwillig als Vater des Klägers bekannt habe. Solches freiwilliges mündliches Bekenntniß war aber nichts anderes, als eine nicht in den gesetzlichen Formen vollzogene Anerkennung des Klägers, und konnte daher eine Paternitätsklage nicht begründen. Auf den andern Klaggrund der Paternität, auf einen Beischlaf unter den Voraussetzungen des L. R. S. 340 a, waren aber die der Klage unterliegenden Thatsachen nicht gerichtet, und so hatte der Unterrichter die Klage mit Recht als unstatthaft verworfen. Gerade zur Aufrechthaltung des gesetzlichen Klaggrunds der Anerkennung nach L. R. S. 334 muß man aber die hier aus dem Bekenntniß der Vaterschaft auf das Geständniß des Beischlafs nach L. R. S. 340 a gezogene Schlußfolgerung in jeder Weise verwerfen, denn wenn man bedenkt, daß das Geständniß des Beischlafs nach L. R. S. 340 a keiner öffentlichen Urkunde bedarf, so kann man in jeder unförmlichen Anerkennung eines unehelichen Kindes ebenfalls das Geständniß des Beischlafs finden, und daraus den Satz ableiten, daß jede auf eine Anerkennung eines unehelichen Kindes hinzielende mündliche oder schriftliche Aeußerung die Paternitätsklage allerdings begründe, weil sie ein Geständniß des Beischlafs enthalte, welches an keine bestimmte Formen gebunden seie, sondern durch Eid erwiesen werden könne. Damit wirft man aber den L. R. S. 340 und den L. R. S. 334 über den Haufen, und gibt jeder Paternitätsklage den Spielraum, daß man Jedem einen Eid darüber zuschieben kann, ob es nicht wahr seie, daß er sich als Vater eines unehelichen Kindes bekannt habe. Was aber alsdann von dem Grundsatz der Unzulässigkeit einer Paternitätsklage übrig bleibt, ist mir wenigstens unbegreiflich.

Mit allem diesem stimmt auch die Verordn. vom 27. Juni 1812 auf das Vollkommenste zusammen. Sie führt mit dem L. R. S. 340 a abermals die auf den Beischlaf gebauten Klaggründe der Paternitätsklagen an, und indem sie sagt: die Mutter kann außer diesen Fällen und außerdem weitern, wenn der Schwängerer unter den gesetzlichen Formen sich zum Vater des unehelichen Kindes freiwillig bekannt hat, nicht klagen:

gibt sie auf das Bestimmteste zu verstehen, daß jede Paternitätsklage, sowie sie auf eine Bekennung zum Vater eines unehelichen Kindes unter Nichteinhaltung der gesetzlichen Formen der Anerkennung gebaut ist, als schlechthin verwerflich erscheint, und hier hätte verworfen werden sollen.

Aus der geschehenen Zulassung der Klage und dem Erkenntniß auf den Eid, den der Beklagte ableistete, entsprang übrigens hier noch eine Denuntiation des Klägers gegen den Beklagten, indem der Kläger mittelst den in seiner Klage angeführten Zeugen beweisen wollte, daß der Beklagte in Ableistung des zugeschobenen Eides einen Meineid begangen habe. Der Untersuchungsrichter leitete auch diese Untersuchung auf den Meineid im Denuntiationsprozeß ein, die Denuntiation ward aber von hier aus als unstatthaft verworfen. Dieses geschah hauptsächlich aus dem Grund, weil die der Denuntiation unterliegenden Thatsachen, welche durch Zeugen bewiesen werden wollten, gerade dieselben waren, welche der vorausgegangenen Civilklage unterlagen, und welche im Civilprozeß nicht durch Zeugen bewiesen werden konnten. Dazu kam noch, daß die Zeugen über die von ihnen auszusagenden Thatsachen immer einzeln standen, und daß man die abgeleistete Eidesformel gerade im Hinblick auf die der Klage unterliegenden Thatsachen nicht sowohl als das Abläugnen dieser Thatsachen, sondern vielmehr als das Abläugnen des daraus gezogenen rechtlichen Schlusses der außergerichtlichen Anerkennung des Klägers als unehelichen Sohns ansehen mußte.

Als eine Merkwürdigkeit verdient noch angeführt zu werden, daß der Untersuchungsrichter gleichfalls die Ansicht hatte, daß man einen Meineid über ein im Civilprozeß nicht durch Zeugen zu erweisendes Rechtsgeschäft auch im Untersuchungsverfahren nicht durch Zeugen erweisen könne, daß er sich aber hier damit zur Einleitung des Criminalverfahrens bestimmte, weil er annahm, die Zeugen hätten ja nur über die nackten Thatsachen der Klage und nicht über die daraus zu folgernden Rechtsverhältnisse auszusagen. Allein damit läßt man nothwendigerweise den Zeugenbeweis in allen Meineidssachen zu, denn die Zeugen sagen ihrer rechtlichen Natur nach immer nur über Thatsachen aus, und erst an dem Richter ist es, aus diesen Thatsachen die civilrechtliche Folgerung zu ziehen. Gerade da aber, wo die von Zeugen auszusagenden Thatsachen ein Rechtsgeschäft darstellen sollen, (und ein Rechtsgeschäft ist auch eine Thatsache) welches im Civilweg nicht durch Zeugen bewiesen werden kann, soll dieses Rechtsgeschäft auch nicht im Weg des Untersuchungsverfahrens eines Meineids durch Zeugen erwiesen werden.

Sander.

II.

Oberhofgericht. Hofgericht des Unterrheinkreises.

Oberamt Heidelberg.

Bei diesen Gerichten ward über die Frage:

Ob, wenn ein Vormund sich in öffentlicher Steigerung Güter seines Mündels zuschlagen läßt, die Vormund-

Digitized by Google

schaftsbehörden einem solchen Geschäfte die Genehmigung versagen, und sofort eine anderweite Versteigerung anordnen, der Vormund für den in der spätern Versteigerung sich etwa ergebenden Mindererlös dem Mündel entschädigungspflichtig ist?

folgender Rechtsfall verhandelt und entschieden:

In Sachen

Werle als Rieglerischer Kinder Vormund

gegen

Schilling als gewesener Vormund derselben.

Auf Antrag der Vormundschaftsbehörden und des Vormunds Schilling selbst wurde das, den von Bäckermeister Jakob Riegler hinterlassenen unmündigen Kindern durch Erbschaft angefallene Gasthaus zum goldenen Hecht in Heidelberg der öffentlichen Versteigerung ausgesetzt.

Der Vormund Schilling bot bei dieser Versteigerung selbst mit, und trieb den Steigerungspreis auf die Summe von 13,700 fl., indem er auf das Angebot des Schuhmachers Krieger ad 13,620 fl. ein Mehrgebot von 80 fl. geschlagen hatte.

Schilling wurde aber nun nicht mehr überboten, und erhielt alsbald den Zuschlag. Das Waisengericht legte sofort das Versteigerungsprotokoll Großh. Oberamte Heidelberg vor, mit dem Anfügen:

„daß man keinen Augenblick bedenken tragen würde, auf Genehmigung anzutragen, wenn nicht der L. R. S. 1596 dem Vormund die Erwerbung von Pupillengut untersagte."

Das Oberamt genehmigte hierauf die Versteigerung nicht, und veranlaßte das Waisengericht zur Einleitung einer weitern Versteigerung.

Es wurden sofort noch zwei Versteigerungen abgehalten, und in der letzten das Gasthaus zum Hecht um 12,000 fl. an einen Dritteren zugeschlagen. Diese Versteigerung erhielt auf Antrag des Waisengerichts die oberamtliche Genehmigung

Inzwischen ward Schilling der Vormundschaft über die Rieglerischen Kinder entlassen, und Werle an seine Stelle gesetzt. Letzterer trat nun unterm 20. Februar 1836 gegen den gewesenen Vormund Schilling mit einer Klage auf Entschädigung auf, welche in der Differenz zwischen dem früheren Gebote des Schuhmachers Krieger und dem Resultate der letzten Versteigerung, nämlich in der Summe von 1620 fl., ferner in dem Ersatze der Versteigerungskosten bestehen sollte.

Dieser Rechtsfall wurde von den obengenannten drei Gerichten übereinstimmend dahin entschieden:

1) daß Beklagter zwar schuldig ist, der klagenden Vormundschaft die Kosten der zweiten und dritten Versteigerung zu zu ersetzen;

2) dagegen Kläger mit der weiters geforderten Entschädigungssumme ad 1620 fl. nebst Zins vom Tage der Klage abzuweisen ist, und

3) die Kosten der durch gegenwärtige Klage veranlaßten Verhandlungen nach Verhältniß jener beiden Summen von beiden Theilen zu tragen sind.

Die Entscheidungsgründe des Oberhofgerichts gehen dahin:

Nach L. R. 450 und 1596, nach welchem Vormünder die Güter ihrer Mündlinge nicht kaufen und solche in Steigerung sich nicht dürfen zuschlagen lassen, in Verbindung mit L. R. S. 1382 und 1382 a, wonach jede unrechte That, d. h. jede That, womit ein an sich verbotenes Unternehmen vollführt oder ein erlaubtes Unternehmen von einer unberechtigten Person verrichtet wird, zur Entschädigung verbindet, ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß der Beklagte, der sich das versteigerte Haus seines Mündels zuschlagen ließ, zur Schadloshaltung verbunden ist, falls nämlich diese Handlung einen solchen Schaden, wie ihn das Gesetz unterstellt, durch eine nachgefolgte Versteigerung hervorgebracht hat.

Diese Verbindlichkeit setzt jedoch voraus, daß die an die Stelle des steigernden Pflegers getretene Vormundschaft oder statt deren die Obervormundschaft nicht eine Handlung beging, wodurch sie die Gefahr des entstandenen Mindererlöses für den Pflegling selbst freiwillig übernommen hat. Ist eine solche Handlung nach erfolgtem Zuschlag an den ersten Pfleger hinzugetreten, und ist diese in der Klage selbst bereits zugestanden, so ist letztere, ungeachtet sie in thesi begründet ist, dennoch in hypothesi als unbegründet zu verwerfen.

Es ist nun aber nicht nur als Einrede vorgeschützt, sondern auch in der Klage selbst ausdrücklich einbekannt, daß die Obervormundschaft, ohne den Schuhmacher Krieger, der vom Beklagten um 80 fl. abgeboten wurde, über die Haltung seines Gebotes ad 13,620 fl. — zu befragen, geradezu eine zweite und dritte Versteigerung angeordnet, — somit durchaus nichts zur Geltendmachung des Kriegerischen Gebotes versucht, vielmehr mit dessen freiwilliger Umgehung alles auf den Zufall einer weiteren Steigerung ausgesetzt hat, und es ist unverkennbar, daß in dieser vor dem Eintritt einer gewissen Nothwendigkeit geschehenen Anordnung ein Verzicht auf das Kriegerische Gebot liegt, welcher den Beklagten von aller Haftbarkeit „die Versteigerungskosten ausgenommen" entbindet.

Aus diesem Grunde war die Klage hinsichtlich ihrer Haupttendenz schon an sich selbst verwerflich, und nur in Betreff der vergeblich aufgewendeten Versteigerungskosten begründet. Es mußten daher die Erkenntnisse der vordern

Digitized by Google

Instanzen, unter Verfällung des Oberappellanten in die Kosten lediglich bestätiget werden.

Bei dirser Entscheidung scheinen mie folgende erhebliche Momente übergangen zu seyn:

1) in Ansehung dee dem Voemunde Schilling zugerechneten That, bezirhungsweise der Nichtigkeit des von ihm angenommenen Zuschlags:

Der L. R S. 1596 droht zwae der Annahme eines Zuschlags von Mündelgüteen durch den Voemund in öffrntlicher Steigerung die Nichtigkeit. Allein diese Nichtigkrit ist nicht kraft Gesetzes gedroht. Somit war nach Ansicht des L. R. S. 6h die Versteigeeung, woein sich Schilling das Mündelgut zuschlagen ließ, blos mit einer Nichtigkritsklage anfechtbae, nicht abee kraft Gesetzes schon nichtig.

Ohne eine Nichtigkritsklage bestand dahee auch die eeste Veesteigeeung sowohl, als auch das Gebot des Voemunds zu Recht, und das Waisrngericht oder sonst dazu beeechtigte Personen hätten die fragliche Versteigerung nue mittelst einee Nichtigkeitsklage befritigen können.

Hiernach, und noch angesrhen das in subsidium geltende eömische Recht (lex 2. §. 8 pro emptore) eescheint das Mitbieten des Vormunds Schilling bei dee Versteigerung des Gutes seinee Mündel an und für sich nicht einmal als eine unrechte That.

2) In Brtreff des den Riegleeischen Kindeen zugegangenen Schadens ist noch insbesondree von Erheblichkeit, daß gar ntcht constatiet ist, daß das Gasthaus zum Hecht in dee fraglichen Veesteigeeung das Gebot des Schuhmachers Keiegee ad 13,620 fl. ereeicht habrn würdr, wenn Schilling nicht mitgeboten hätte. Denn von dee Summe ad 12,000 fl. an waren Keiegee und Schilling bei dre Versteigerung nur noch die einzigen Bieter. Es fehlt also schon von Grund aus die sichere Basis füe eine Schadensbegründung.

3) Nach diesen Grundsätzen dürften dem Vormunde Schilling nicht einmal die Kosten der zweiten oder dritten Veesteigerung zu Last zu srtzen gewesen seyn. (?)

OGAdv. Kräuter in Heidelberg.

III.

Hofgericht Rastatt. — Oberhofgericht.

Rechtsfall

über die Erwerbung einer Laubsammlungsgerechtigkeit durch Verjährung, und über die Frage, inwieweit über eine einer Gemeinde zustehenden Gerechtigkeit die einzelnen Gemeindebürger als Beweiszeugen zugelassen werden können.

Die Gemeinde Spöck behauptete gegen den Großh. Forstfiskus eine Gerechtigkeit des Laubsammlens in einem Distrikt des Haedwalds, und begründete ihre Klage auf einen stets ausgeübten ununteebrochenen Brsitz. Sie führte in dee Klage an: da also alle Erfordernisse einer Vrrjäheung eesp. Ersitzung voehanden sind, derlei Gerrchtigkeitrn, wie die verfolgte, auch vor Einführung des Landrechts durch Ersitzung erworben werden konnten, so wird gebeten, der klagenden Gemeinde die verfolgte Geeechtigkeit des Laubsammlens in dem in dee Klage beschriebenen Distrikt des Haedwalds zuzusprechen.

Bklagtee widrespeach dee behaupteten Erwerbung dee Grrechtigkeit durch Ersitzung, worauf der Zwischenbescheid eeging:

„Klägerin habe zu beweisen, daß sie das Recht des Laubsammlens durch verjährten Besitz am 1. Januar 1810 eeworben grhabt habe".

Den aufeelrgten Beweis trat die Klägerin durch ihre Gemeindseechnungen und durch alte Buegee von Spöck an, und duech Zwischenerkenntniß wuedrn dirse Beweismittel zugelassen, wobei hinsichtlich des Beweismittels dee Zeugen die Entscheidungsgründe dahin gingrn:

Was die Einrede grgen die Zulässigkeit dee Zeugen angeht, welche aus dee Mute der klagenden Gemeinde gnommen sind, so wird, wenn dirse Zrugen bestätigen, daß sie schon seit meheeren Jahren im Leibgeding sitzen, und daß die Leibgedingee nie an dem beseagten Laubeecht Theil nahmen, hergestellt, daß diese Zrugen am Ausgang des Rechtsstreits nicht unmittelbae bethrilgt sind, ungeachtet auch des Umstands, daß das Laub bis 1832 rückwäets gefordeet wird.

Auch eine Unzulässigkeit dee Zeugrn wegen Verwandtschaft mit einee Parthie ist nicht begründet, denn wrnn gleich nicht geläugnet werden kann, daß ihre etwa im Oet wohnenden Kinder bei dem Rechtsstreit einen unmittelbaren Vortheil zu eewaeten haben, so erläet doch die Prozeßordnung §. 508 Ne. 1 nicht die Veewandten deeee, welche blos am Prozeß unmittelbaees Interesse haben, sondrrn nur die Verwandten dee Parthie selbst für unzulässig. Die Parthie des Klägees ist abee hiee nicht eine Streitgenossenschaft von Rechtssubjekten, deren jedee über einen gewissen Theil des angespeochenrn Rechts Vrefügungsgewalt hat, sondern sie ist eine (moealische) Peeson, welchee allein in iheer Gesammtheit die volle Veefügungsgewalt übee den Streitgegenstand zukömmt. Die einzelnen Bürger als solche sind zwae bei der Sache unmittrlbar inteeessirt, abee sie sind nicht Heeen des Streitgegenstands, also nicht Steeitgenossen.

Nach erhobenem Beweise waed dee Klägerin das angespeochene Laubeecht zueekannt, wozu die hier anzuführenden Entscheidungsgründe lauteten:

Die Gemeinde Spöck, d. h. die zu der moralischen Peeson einer Gemeinde vereinigte Gesammtheit der Büeger

Digitized by Google

zu Spöck verlangt von dem beklagten Fiskus die Zulassung ihres Laubrechts im herrschaftlichen Hardwald, und begründet dieses ihr Recht auf den Rechtstitel der Ersitzung. Solche Laubgerechtigkeiten konnten, wenn man sie auch den unständigen verborgenen Dienstbarkeiten gleichstellt, vor Einführung des Landrechts überhaupt durch dreißigjährige Verjährung erworben werden — Unterholzner Verjährung §. 204 — und da der L. R. S. 691 nach der richtigen Auslegung die Erwerbung solcher Dienstbarkeiten vor dem Landrecht nicht allein auf die unvordenkliche Verjährung, sondern auf jede Art der Erwerbung durch verjährten Besitz freigibt, indem man sonst andernfalls den gerade zu dem Zweck aufgestellten L. R. S. 691, daß er nämlich keine Rückwirkung auf früher erworbene Dienstbarkeiten hinsichtlich des Ausschlusses der Verjährung als Erwerbstitel der unter den S. 691 fallenden Dienstbarkeiten haben sollte, gegen seinen Zweck interpretiren müßte, nämlich dahin, daß auch die früher gültige Erwerbung durch dreißigjährigen Besitz nichts mehr gelten sollte, was offenbar verwerflich ist, so müßte der Klägerin, wie geschehen, der Beweis ihres Erwerbstitels aufgegeben werden, und sie hatte also, da es sich von einer Verjährung gegen den Fiskus handelte, einen 40 Jahre hindurch fortgedauerten sonst rechtsbehörig beschaffenen Besitz des angesprochenen Laubrechts zu beweisen.

Diesen Beweis hat auch Klägerin geführt, indem sie durch Zeugen von einem Alter von 80 Jahren, von 77 Jahren 73 und 72 Jahren, welche Leibgedinger sind, bewiesen hat, daß sie von 1770 an ununterbrochen und in der Meinung Recht zu thun, ihr Recht des Laubsammlens ausgeübt hat. Es ward dabei insbesonders angeführt, daß es bei den Aussagen solcher alter Leute keineswegs darauf ankommt, daß sie ein bestimmtes Alter haben müssen, von wann an sie als fähig betrachtet werden können, über die zu erweisende Sache auszusagen, sondern daß sich dieses nach der Beschaffenheit der zu erweisenden Sache in der Art richtet, wie sie sich selbst einem Kinde früh einprägen kann. Da nun die 77. 73. 72 Jahre alten Zeugen in Betreff des Laubholens aussagen, daß es ihnen vom 8. vom 10. vom 12. Lebensjahr an in dieser Beziehung denke, so reichen die Aussagen dieser Zeugen bis zum J. 1770 aus, indem das frühe Erinnern an solches Laubholen einer ganzen Gemeinde an gewissen Tagen in einem nahen Wald, wo die kleinsten Kinder zum Laubsammeln mitgenommen werden, sehr begreiflich ist.

Auf ergriffene Appellation ward aber die Klägerin vom Oberhofgericht abgewiesen, indem man annahm:

Es kommt darauf an, ob die Gemeinde Spöck einen vor Einführung des Landrechts verjährten Besitz erwiesen habe. Da nun nach gemeinem Rechte in Verbindung des kanonischen mit dem römischen Rechte eine Dienstbarkeit bei dem Mangel eines gerechten Titels nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden konnte,

Thibaut über Besitz u. Verjährung S. 111.

Glücks Commentar 9 Thl. 1. Abth. S. 146.

womit auch hinsichtlich der unständigen Dienstbarkeiten der Gerichtsgebrauch bei den deutschen Reichsgerichten übereinstimmt, das hier angesprochene Recht des Laubsammelns aber unter analoger Anwendung der über Dienstbarkeit bestehenden Gesetze steht, so kann der der klagenden Gemeinde aufliegende Beweis nur dann als geführt betrachtet werden, wenn sie die Behauptung eines unvordenklichen, offenen, ununterbrochenen Besitzes bewiesen hat.

Wie dieser Beweis zu führen sei, darüber gibt die Verordnung vom J. 1803, Rgbl. Nr. 10, die Vorschrift dahin: unverwerfliche Zeugen, die wenigstens 51 Jahr alt sind, und also aus eigener Wissenschaft Zeugniß geben können, müssen aussagen, wie sie den zu beweisenden Zustand selbst gesehen und bemerkt haben. Da nun die von der klagenden Gemeinde vorgeschlagenen und von dem Hofgericht für zulässig erklärten Zeugen am 14. Februar 1836 abgehört worden sind, so müssen sie um eine unvordenkliche Verjährung zu beweisen, damals 80 Jahre alt gewesen seyn, welches Alter aber nur ein Zeuge besitzt. Schon in der Beweiseinredeschrift hat der Fiscalprocurator die Zulässigkeit dieses und der andern Zeugen widersprochen:

1) Weil die Klage auf Entschädigung für die seit dem Jahr 1832 geschehene Entziehung des Laubs gerichtet sei.

2) Weil die Zeugen zum Vortheil ihrer Kinder aussagen würden, und daher der §. 508 der Prozeßordnung auf sie anwendbar sei.

Der erste Grund ist aber darum unerheblich, weil der Zeuge schon vor 7 Jahren sein Vermögen an seine Kinder abgetreten hat, folglich ihm nichts von der Entschädigung zukommen würde, wenn eine solche der Gemeinde zuerkannt werden sollte.

Der zweite Grund ist dagegen erheblich. Der §. 508 der Prozeßordnung verordnet nemlich, daß auf Antrag der Parthien, die in gerader Abstammung zu den Parthien stehenden Zeugen als unzulässige verworfen werden sollen. Nun sind zwar die Kinder des Zeugen nicht die ganze klagende Parthei, sie bilden aber als active Bürger der Gemeinde und Mitkläger einen Theil derselben, sie sind Streitgenossen, und da es sich nicht um ein Recht handelt, dessen Vortheil in die Gemeindekasse fließt, sondern jedem einzelnen Bürger zukommt, so sind die Kinder der Zeugen bei dem Ausgange dieses Prozesses unmittelbar betheiligt, und diesen unmittelbaren Vortheil ihrer Kinder befördern die Zeugen durch die zu Gunsten des angesprochenen Rechts gemachte Aussage.

Digitized by Google

Hinsichtlich der übrigen Streitgenossen besteht zwar ein solches Verwandtschaftsverhältniß nicht. Allein da der vorliegende Rechtsstreit die Frage betrifft, ob einem jeden aktiven Bürger in Spöck das Recht des Laubsammlens in dem bezeichneten herrschaftlichen Walddistrikte zusteht, da dieses Recht nicht allen übrigen Bürgern mit Ausschluß der Kinder der Zeugen zuerkannt werden kann, so folgt daraus, daß dieser Zeuge gerade wegen seines Verwandtschaftsverhältnisses mit einigen Streitgenossen hinsichtlich aller übrigen wenigstens als verdächtiger Zeuge betrachtet werden muß. Mit diesem einzigen Zeugen konnte aber der der Klägerin auferlegte Beweis nicht als geführt betrachtet werden, indem seine Aussage vom Jahr 1770 an durch kein anderes Beweismittel unterstützt wird, so daß die Klage als unerwiesen abgewiesen werden mußte.

Die Hauptursache der von Seiten des Oberhofgerichts gegen die Klägerin ausgefallenen Entscheidung liegt wohl darin, daß man bei dem Oberhofgericht annahm, daß eine Laubgerechtigkeit, wie die hier verfolgte, nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts über Dienstbarkeiten zu entscheiden seie, und daß nach gemeinem Recht eine Dienstbarkeit bei dem Mangel eines gerechten Titels nur durch eine unvordenkliche Verjährung erworben werden könne. Zwar ist es allerdings richtig, daß auch bei dieser unvordenklichen Verjährung die gleiche Verjährungszeit von 40 Jahren ausreicht, wie bei der gegen den Fiskus erforderlichen Verjährung von 40 Jahren. Allein der Unterschied zwischen beiden Verjährungsarten wäre darin gelegen, daß nach der sich auf die unvordenkliche Verjährung beziehenden Verordnung vom Jahr 1803 die Beweiszeugen nur von ihrem 14ten Lebensjahr an aussagen können, während bei der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung der Grundsatz des gemeinen Prozesses eingetreten wäre, der auch in unserer Prozeßordnung §. 507. Nr. 1. anerkannt ist, daß nämlich der zur Zeit der Vereidung und Abhörung eidesmündige Zeuge auch solche Thatsachen bewahrheiten kann, welche er als eidesunmündig beobachtet hat, insofern er nur damals die nach der Natur der zu beweisenden Thatsache zu bemessende Perceptionskraft hatte. Dieses letztere war aber hier gerade der Fall, indem einige der alten Zeugen ausdrücklich angaben, daß ihnen das Laubholen schon aus ihren Kinderzeiten wohl bekannt seie, und indem damit diese Zeugen vom Jahr 1770 an aussagten, und insofern zur Vervollständigung des Beweises der vierzigjährigen Verjährung gebraucht werden konnten. Der Entscheidung des Hofgerichts lag auch gerade diese Unterstellung hauptsächlich zu Grund, und wenn darauf das Oberhofgericht in seinen Entscheidungsgründen gar nicht einging, so war dieses in der dortigen Unterstellung einer unvordenklichen Verjährung allerdings ganz Consequenz, allein es beweist alsdann auch dieser Umstand um so sicherer, daß die ganze Entscheidung dieses Rechtsstreits darin lag, ob zur Ersetzung des angesprochenen Laubrechts eine vierzigjährige Verjährung ohne Rechtstitel oder nur eine unvordenkliche Verjährung nothwendig war.

Nachdem aber das Oberhofgericht mit dem Hofgericht angenommen hatte, daß der L. R. S. 691 keineswegs allein auf eine unvordenkliche Verjährung zu beschränken ist, indem es eine vierzigjährige Verjährung mit einem Rechtstitel zugelassen hätte, so befand man sich allerdings in einer Frage des gemeinen Rechts, welche eine bestrittene genannt werden muß.

Wenn aber nun zur Unterstützung der Meinung, daß ohne einen gerechten Titel eine Dienstbarkeit nicht durch die dreißig oder vierzigjährige Verjährung erworben werden könne, sich auf Thibaut Besitz und Verjährung S. 111 berufen wurde, so ist dagegen zu bemerken, daß Thibaut selbst in §. 31 der citirten Schrift anführt, daß das kanonische Recht den gerechten Titel nicht überhaupt, sondern nur den bei der usucapio erforderlichen Beweis erlasse, und daß alle Verjährung wegfalle, wenn durch besondere rechtliche Präsumtion, oder einen ordentlichen Beweis dargethan werde, daß der Besitzer keinen gerechten Titel hat, und daß er in seinem späteren Pandektenkompendium §. 1031 selbst seine frühere Meinung modificirt und der Sache nach, soweit man es nämlich von einem Gelehrten verlangen kann, zurücknimmt, indem er sagt, daß nach kanonischem Recht bei der Ersitzung der Servituten, welche dem gemeinen Recht widerstreiten, der Titel erforderlich und vom Verjährenden zu erweisen seie, sonst aber nicht.

Bedenkt man nun weiters, daß nach der neuesten, und wohl anerkanntermaßen besten Schrift Unterholzners über Verjährung §. 104, 204. die 30 und 40jährige Verjährung auch bei den Dienstbarkeiten ohne das Erforderniß eines Rechtstitels allerdings zulässig ist, so möchte man hoffen, daß die vom Oberhofgericht hier angenommene Meinung der Nothwendigkeit eines Rechtstitels bei der 30. oder 40jährigen Verjährung noch keine feste ist, und immerhin in einem späteren Fall dahin erklärt werden wird, daß die 30 und 40jährige Verjährung eines Rechtstitels nirgends bedarf. Es ist auch gar nicht abzusehen, warum sie einen solchen Rechtstitel nothwendig haben sollte, denn da man Eigenthum und Dienstbarkeiten mit einem Rechtstitel binnen 10 und 20 Jahren ersitzt, so wüßte ich wahrlich nicht, wie man darauf kommen sollte, nunmehr ebenfalls mit einem Rechtstitel eine 30 oder 40jährige Verjährung zu verlangen, und so eine Verdreifachung der Zeit einzuführen, ohne daß man ersehen kann, warum und wo dieses geschehen soll. Man würde dadurch das Wesen der eigentlich nicht erwerbenden, sondern verlöschenden 30 oder 40jährigen Verjährung aufheben,

Digitized by Google

denn gerade das ist der Grund, daß ein 30 oder 40jähriger Besitz, der sonst rechtlich beschaffen ist, ohne Rechtstitel den Besitzenden schützen soll, während bei dem kürzern Besitz ein Rechtstitel nöthig ist. Das kanonische Recht kann man am wenigsten dafür anführen, wenn man das Decret. Gratiani C. 15. 16. qu. 4 beachtet, wo es heißt:

qui enim *bona fide et justo titulo* rem praesentis per decennium absentis vero per vicennium tenuerit, perpetua exceptione tutus erit . . . si vero aliquo casu a possessione ceciderit, etiam adversus verum dominum utiliter rem vindicare poterit. Si autem *nullo titulo bona tamen fide* per triennium rem alicujus possederit, simili gaudebit praesidio.

Sander.

IV.

Generale über die Verwandlung der in Zollstrafsachen erkannten Geldstrafen in Gefängnißstrafe.

Justizministerium.

Karlsruhe den 22. Dezember 1837.

Nr. 4942. Bericht des Großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 9. l. M. Nr. 4677 II. S.

In Denunciationssachen gegen Gottlieb Baumann von Hornberg, wegen Eingangszolldefraudation, hier die Verwandlung der von den Aemtern erkannten Geldstrafen in Freiheitsstrafen betr.

Beschluß.

1) Dem Großh. Hofgericht unter Rückschluß der Beilagen seines Berichtes vom 26. September l. J. Nr. 5639 zu bemerken:

Da die Frage, ob in Fällen, wo unbeibringliche Geldstrafen in Freiheitsstrafen zu verwandeln sind, die Verwandlung stets von dem Amte, welches die Geldstrafe erkennt, oder aber, sofern die zu verwandelnde Geldstrafe vier resp. achtwöchentliches Gefängniß übersteigen würde, von dem betreffenden Hofgericht zu geschehen habe? aus der allgemeinen Strafgesetzgebung beantwortet werden muß (§. 16 des Zollstrafgesetzes vom Jahr 1835 §. 7 des Zollstrafgesetzes vom 3. August d. J.), da der §. 4 lit. a des Strafedikts bestimmt, daß in Beziehung auf Defraudationen, so lange deren Strafe nicht auf Zuchthaus ansteigt, die Aemter zugleich untersuchende und urtheilende Richter sind, da die Competenz der Aemter hinsichtlich der Erkennung von Geldstrafen auf keine Summe beschränkt und der Richter verbunden ist, amtshalber dafür zu sorgen, daß unbeibringliche Geldstrafen mit Gefängnißstrafe abgebüßt werden (§. 38. des Strafedikts); da endlich der Maasstab der Verwandlung dergestalt fest bestimmt ist, daß, wenn dieselbe von den Hofgerichten bewirkt werden müßte, diese lediglich als Vollzugsorgane unterrichterlicher Erkenntnisse erscheinen würden, so theilt man mit der Mehrheit der Hofgerichte die Ueberzeugung, daß — wenn Geldstrafen, die wegen Steuer- oder Zollvergehen von Aemtern erkannt worden sind, wegen Insolvenz der Condemnaten, in Freiheitsstrafen, sei es auch von mehr als 4 resp. 8 Wochen, verwandelt werden müssen, diese Verwandlung niemals von den Hofgerichten auszugeben habe, sondern den Aemtern, welche die Geldstrafen erkannten, zu überlassen sei.

Literarische Anzeigen.

Im Verlage von **Ch. Th. Groos** in Karlsruhe sind erschienen und in allen Buchhandlungen um die beigesetzten billigen Preise zu haben.

Entwurf
eines
Strafgesetzbuchs
für das
Großherzogthum Baden,
nebst den
Anmerkungen (Motiven) der Gesetzgebungskommission.
Auch unter dem Titel
2. Beilagenheft zum Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung
im
Großherzogthum Baden.
Preis geh. fl. 1. 48 kr.

Tax-Ordnung
für
Anwälte.
Nach den
neuesten gesetzlichen Bestimmungen.
Enthaltend die Anwaltstaxen in bürgerlichen Rechtsstreiten, in nicht gerichtlichen Sachen und in strafrechtlichen Sachen.
Preis geheftet 24 kr.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des siebenten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 15 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte oder vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1839, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Von den ersten sechs Jahrgängen sind noch wenige vollständige Exemplare zu haben, welche, so weit es möglich ist, noch zum wohlfeilen Subscriptionspreis abgegeben werden.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 6. Juli 1839.

I.

Ueber die Regeneration des Advokatenstandes im Großherzogthum Baden.

Bereits im Jahre 1825 wurden die zu Mannheim wohnenden Obergerichtsadvokaten durch Justizministerialreskript vom 15. December Nr. 4402 aufgefordert, sich über die Einführungen von Advokatenkammern, ähnlich den französischen chambres de conseil, zu äußern. Die Aeußerung erfolgte, allein die Hoffnungen, welche jene hohe Verfügung unter den Mitgliedern des Advokatenstandes hervorgerufen hatte, blieben unerfüllt.

Im Jahre 1832 wurde dieselbe Idee von hohem Justizministerium aufgegriffen. Die zu Mannheim wohnenden Advokaten wurden durch Reskript vom 3. Februar Nr. 671 aufgefordert, in Beziehung auf ihre, durch die Einführung der neuen Prozeßordnung sich verändernden Verhältnisse, insbesondere

a) über die nöthig werdenden Abänderungen der Taxordnung und
b) über die Vereinigung derselben zu einem Kollegium, die diesem zu gebende Einrichtung und zu ertheilenden Befugnisse, endlich
c) über etwa weiter gutfindende Anträge sich zu äußern.

Auch dieser hohen Verfügung wurde die bereitwilligste Folge geleistet. Die Mitglieder des Mannheimer Advokatenstandes trugen ihre Wünsche aufs Eindringlichste vor, auch die Kammer der Abgeordneten unterstützte sie, aber bis zu dieser Stunde sind die uns vom hohen Justizministerium selbst in Aussicht gestellten Reformen nicht verwirklicht worden.

Die neue Civilprozeßordnung trat ins Leben, wies dem Stande der Anwälte eine gewiß anzuerkennende und von uns anerkannte Stellung insofern an, als sie erhöhte Ansprüche an uns stellte. Jedoch damit ist weder durch sie, noch nach ihr unserm, mit der Rechtspflege so eng verflochtenen Stande irgend eine förderliche Einrichtung zu Theil geworden.

In jüngster Zeit wurde durch eine Anzahl zu Mannheim lebender Obergerichtsadvokaten der Versuch gemacht, vermittelst einer unter ihnen zu schließenden Privatgesellschaft, um deren Genehmigung das Justizministerium angegangen werden sollte, dem Advokatenstande einen gewissen Vereinigungspunkt zu geben. Der Zweck des Vereines sollte seyn, wissenschaftliche Bildung unter seinen Mitgliedern zu befördern, über strenge Rechtlichkeit zu wachen und Alles zu handhaben, was die Ehre und das Wohl des Standes erfordern. Zu diesem Behufe sollten regelmäßige Zusammenkünfte Statt finden, in welchen man sich über Gegenstände der Wissenschaft und Praxis und über Alles, was den Advokatenstand als solchen interessiren möchte, unterhalten sollte. Aus gemeinsamen Mitteln sollte eine Bibliothek angelegt und gegenseitige Unterstützungen beschafft werden. Insbesondere aber sollte über eine, der Tendenz des Vereines entsprechende Handlungsweise gewacht, und zu diesem Behufe Ermahnungen und Rügen von dem Vereine erlassen werden.

Es wurden wiederholte Versammlungen gehalten, die Statuten des Vereines wurden ausgearbeitet und vorgelegt; allein das Projekt scheiterte an dem entschiedenen Widerstande Einiger, dem Widerspruchsgeiste und der Gleichgültigkeit Anderer.

Alle diese, theils von dem hohen Justizministerium, theils von dem Advokatenstande selbst ausgegangenen Bestrebungen führten demnach zu keinem Ziele und bewiesen nur, daß von allen Seiten die Nothwendigkeit erkannt worden war, Reformen einzuführen. Jedoch bin ich fest überzeugt, daß, wenn der Impuls dazu nicht von der hohen Regierung ausgeht, solche nicht zu erwarten stehen. Es herrscht zu wenig Gemeingeist unter den Mitgliedern des Advokatenstandes und die Privatinteressen kommen bei ihnen zu häufig in Betracht, als daß sie selbst sich regeneriren könnten; und doch liegt eine Regeneration nicht blos im Interesse des Standes, sondern im Interesse der Rechtspflege überhaupt.

Nur vermittelst einer unter Sanktion der Staatsregierung begründeten Advokatenkammer kann eine Disciplin über die Mitglieder des Advokatenstandes geübt werden, weil in der Regel nur sie von dem Treiben ihrer Kollegen

Digitized by Google

Kunde haben und einem fremden Richter niemals Anzeige machen werden; nur auf solchem Wege kann das gegenseitige Verhältniß der Mitglieder des Advokatenstandes, namentlich der Obergerichtsadvokaten zu den Untergerichtsadvokaten (welches jetzt in der Regel einen zu merkantilischen Charakter hat) auf einen würdigen Fuß gestellt, und endlich der Advokatenstand dem Richterstande gegenüber in eine richtige Stellung gesetzt werden.

Was einem Fürsten seine Minister, das sind dem Richter die Sachwalter. Wie der Fürst, welcher die Augen eigennütziger Schmeichler sieht, trotz aller eigenen Tüchtigkeit und allem guten Willen das Wohl seines Staats nicht fördern kann, weil er nie erfährt, worauf es ankömmt, so kann der Richter, wäre er auch noch so trefflich, niemals wahre Gerechtigkeit üben, so lange die Augen, durch welche er sieht — und dieses sind die Sachwalter — ihm den Stand der Sache nicht treu, unverfälscht und klar vortragen. Und dennoch ist so wenig geschehen, diesen Stand zu heben! und manche Anstalten und Einrichtungen sind der Art, daß sie das Aufblühen desselben im Keime zu ersticken drohen. Ich erinnere nur an die Art und Weise, wie die Deservitendecretur gehandhabt wird.

Zwei Fehler sind es zunächst, welche, wie bei den Vermittlern zwischen Fürsten und Unterthanen, so bei den Vermittlern zwischen Richtern und Partheien bekämpft werden müssen: Eigennutz und Mangel an Freimüthigkeit. Der Sachwalter sollte daher so gestellt werden, daß er nicht mit Nahrungssorgen kämpfen müsse, denn diese haben sehr oft den Eigennutz zur Folge; und sollte dem Richter gegenüber eine, namentlich auch rücksichtlich seines Erwerbs, unabhängige Stellung einnehmen, sonst ist immer zu befürchten, daß er aus Scheu vor dem Richter, diesem gegenüber, nicht freimüthig genug seyn werde.

Ferner ist aber unter den Sachwalteen selbst Einigkeit und freundliches Zusammenwirken höchst wesentlich. Denn es ist in der menschlichen Natur die Neigung, sich durch persönliche Beziehungen influiren zu lassen, gar tief begründet. Stehen die Anwälte in keinen guten, oder doch in keinen freundlichen Verhältnissen unter einander, so werden die Partheien den Nachtheil davon empfinden. Werden sie aber alle vereint durch die Grundideen, daß ihr Beruf ist: die Anforderung der Rechtspflege durch Ausführung der rechtlichen Verhältnisse ihrer Partheien; wird diese Idee durch häufigen Verkehr zur tief begründeten, nicht blos theoretischen, sondern auch praktischen Wahrheit, dann erst, und eher nicht, können wir auf eine formell und materiell tüchtige Rechtspflege hoffen.

Wohlgeordnete, obrigkeitlich bestätigte Vereine waren es von jeher, welche den Mitgliedern eines Standes innern Zusammenhang, äußere Kraft, Achtung und Vertrauen verschafften. Ohne letztere insbesondere ist der Mann nur eine Maschine, welche nach mechanischen Gesetzen sich bewegt, eine Uhr, welche von der metallenen Feder getrieben wird. Das Ehrgefühl und das Vertrauen erst belebt, begeistert und hebt den Mann so hoch, daß ihm die Arbeit zur Freude und die Gefahr zur Lust wird.

Wir sehen einer längst ersehnten und versprochenen Kriminalgesetzgebung entgegen, welche ohne Zweifel auch dem Advokatenstande eine würdigere Stellung in Kriminalsachen anweisen wird, als er bisher einnahm, und gewiß auch höhere Ansprüche an ihn stellen wird. Bisher wurde den Vertheidigern nicht einmal das Urtheil mitgetheilt, welches gegen seinen Klienten ergieng. Er erfährt in den meisten Fällen gar nicht, wie die Sache sich endigt, die er vertheidigte. Kann bei einer so rücksichtslosen Behandlung von Seiten der Gerichte das Interesse der laueren Vertheidiger angefeuert werden? Mußte nicht vielmehr dasjenige der wärmsten nach und nach wenigstens sich abkühlen? Allein wir hoffen, die neue Kriminalgesetzgebung wird besser für uns sorgen. Doch mit den erhöhten Rechten, welche sie uns verleihen mag, wird sie auch erhöhte Ansprüche an uns machen. Bereiten wir uns vor, denselben genügen zu können, um nicht zu weit hinter unseren Standesgenossen zurückzustehen, welche sich, allerdings auf größeren Bühnen, als sie uns eröffnet sind, in Frankreich und England schon seit Jahrhunderten durch Geist und Gelehrsamkeit, Freimuth und Beredtsamkeit auf die höchsten Stufen des Verdienstes hinangeschwungen haben. Allein die Staatsregierung thue auch das Ihrige, und vernachlässige unsern Stand nicht ganz und gar!

OGAdv. G. v. Struve.

II.

Ueber die Reinigung von Prozeßschriften.

Bei dem Hofgerichte des Unterrheinkreises hat sich die Praxis gebildet, Prozeßschriften zur Reinigung den Anwälten zurückzugeben, wenn sie dem Gerichte zu weitläufig abgefaßt scheinen. Dieses Verfahren ist, meines Erachtens, nicht gesetzlich und kann zu den größten Verwickelungen führen. Schon aus dem Wortverstande ergiebt es sich, daß eine Reinigung nur da nöthig und möglich sei, wo Schmutz hinwegzunehmen ist. Injurien oder grobe Beleidigungen bilden daher nach §. 351 der bürgerlichen Prozeßordnung den Grund einer derartigen Verfügung. Jedoch habe ich mich vergeblich bemüht, in unseren Gesetzen irgend eine Stelle zu finden, welche eines, der Natur der Sache widersprechende Verfahren auch nur einigermaßen rechtfertigte. Das gemeine deutsche Recht kannte eine Zurückweisung von Prozeßschriften wegen bloßer Weitläufigkeit nicht. Martin, Civil-

Digitized by Google

prozeß § 139 f. Gensler, Kommentar §. 139—141. Danz, Civilprozeß §. 90. Und es ist eine solche Theorie auch gewiß höchst gefährlich; denn es kömmt in Praxi nur zu häufig vor, daß, was dem einen Richter ein superfluum däucht, dem andern als essentiale erscheint, daß diejenige Kürze, welche dem einen sehr wohl zusagt, dem andern eine Schrift fast unverständlich macht. Der vorsichtige Anwalt wird daher wohl thun, sich nicht auf dasjenige zu beschränken, was ihm wesentlich scheint, sondern auf alles dasjenige geeignete Rücksicht zu nehmen, was mit einiger Wahrscheinlichkeit von diesem oder jenem Richter für wesentlich erachtet werden möchte. Allerdings ist übermäßige Weitläufigkeit und Aufnahme von Ausführungen, welche in die Prozeßschriften nicht gehören, ein großer Uebelstand, welchem gesteuert werden muß, aber auf die gesetzliche, nicht auf eine ungesetzliche, auf eine passende, nicht auf eine unpassende Weise. Das gesetzliche Mittel, solchen Schriftsätzen entgegenzuwirken, ist schon in der Beilage I. der Obergerichtsordnung vom Jahre 1803 sub Nro. II. deutlich und bestimmt ausgesprochen. Den Verfassern solcher Schriften wird ein entsprechender Abzug am Deservit gemacht. Dieses ist auch das einzig passende Mittel zu dem genannten Zwecke. Zurückweisung einer Schrift, also Verweigerung gerichtlichen Gehörs blos wegen Weitläufigkeit kann die ernstesten Folgen herbeiführen. Es ist mir ein Fall bekannt, da vom Hofgerichte des Unterrheinkreises eine solche Reinigungsverfügung ergieng, und als der Anwalt, vielleicht allzu fügsam, derselben Folge leistete, ihm die Einrede der Dunkelheit und Unvollständigkeit entgegengesetzt wurde, weil dasjenige in der Schrift nicht enthalten sei, was auf hofgerichtliche Verfügung daraus entfernt worden war.

Der gewissenhafte Anwalt wird durch derartige Verfügungen in die höchste Verlegenheit gesetzt. Er wird sich nicht gern in Widerspruch gegen die Verfügungen des Gerichts setzen; und dennoch kann es sich so gestalten, daß er für wesentlich erachtet, was der Richter für überflüssig hält, und daher gestrichen haben will. Was soll er in diesem Falle thun? Meines Erachtens darf er einer Verfügung des Gerichts nicht Folge leisten, welche, durch keine Gesetze begründet, ihn auffordert, eine Aenderung an der Schrift vorzunehmen, wodurch wenigstens nach seiner (des Anwalts) Ansicht die Interessen seiner Parthei gefährdet werden. In einem solchen Falle darf der Anwalt, es werde daraus was da wolle, nicht Folge leisten; denn wenn er Pflichten dem Gerichte gegenüber hat, so hat er auch solche seinem Klienten gegenüber. Will dann das Gericht die Schrift wegen ihrer angeblichen Weitläufigkeit nicht bei den Akten behalten und dem Gegentheile nicht mittheilen, so mag er es darauf ankommen lassen, und ein seiner Zeit, ohne Rücksicht auf dieselbe, erlassenes Urtheil als nichtig anfechten. Die Verweigerung rechtlichen Gehörs bildet ohne den geringsten Zweifel einen Nichtigkeitsgrund, und die Zurückweisung einer Schrift, da wo das Gesetz dieselbe nicht ausdrücklich gestattet, ist Verweigerung rechtlichen Gehörs.

Es ist dieses, nächst öffentlicher Besprechung der bezeichneten hofgerichtlichen Praxis, das einzige Mittel, welches Anwälte haben, sich gegen die nachtheiligen Folgen derselben zu sichern. Allein ein Einschreiten von Seiten hochpreißlichen Justizministeriums scheint mir hier um so mehr nothwendig zu seyn, als jene Praxis durch öffentlichen Anschlag am schwarzen Brette, gleichsam als Gesetz verkündigt worden ist. In diesem Anschlage beruft sich das Hofgericht auf die §§. 1170, 1218, 1106, 1108 und auf den Geist der bürgerlichen Prozeßordnung. Allein jene Paragraphen rechtfertigen gewiß nicht die Zurückweisung einer Prozeßschrift, denn sie sprechen davon mit keiner Sylbe, und ich habe eine zu gute Meinung von der bürgerlichen Prozeßordnung, um anzunehmen, daß ihr Geist eine solche abnorme Verfügung rechtfertigte. Uebrigens wird meines Erachtens weder durch die angeführten Paragraphen, noch durch den Geist der bürgerl. Prozeßordnung die Frage entschieden, von welcher es sich hier handelt. Vielmehr wird lediglich der §. 1107 in Zusammenhalt mit den früher geltenden Prozeßgesetzen, und mit den Andeutungen der Prozeßwissenschaft hier den Ausschlag geben. Richtig aufgefaßt sagt aber dieser Paragraph ausdrücklich, daß wegen etwaiger Uebertretung des §. 1106, d. h. wegen Aufnahme von Rechtsausführungen in die Klagschrift dieselbe nicht zurückgewiesen werde, sondern wegen solcher Rechtsausführungen nur eine Gebühr oder Kostenersatz nicht berechnet werden dürfe. Zudem spricht der §. 1107 nur von der Klagschrift, und nicht von anderen Schriften, und nur von der Aufnahme rechtlicher Ausführungen, nicht aber anderweitiger etwa überflüssig befundener An- und Ausführungen. Es ist daher um so mehr nothwendig, die Bestimmungen der Obergerichtsordnung vom Jahre 1803 im Auge zu behalten, welche rücksichtlich aller Arten von Prozeßschriften und aller Arten von Weitläufigkeiten ihrer Abfassung Bestimmungen enthält. Diese gehen, wie bereits gemeldet, lediglich auf verhältnißmäßige Schmälerung des Deservits. Eine solche Verfügung hat Sinn und Verstand: der Anwalt erhält für seine unnütze Weitläufigkeit eine Rüge, die Parthie aber, welche nichts verschuldet hat, bleibt von derselben unberührt, oder wird vielmehr durch dieselbe geschützt. Wird aber die Prozeßschrift zurückgegeben, so kann die Parthie darunter auf's Empfindlichste leiden, und hat, so wenig als der Anwalt irgend ein Mittel auch in der höheren Instanz die untergerichtliche Verfügung anzugreifen. Parthie und Anwalt werden durch eine derartige Verfügung eigentlich rechtlos. Denn wird die Schrift nicht zu den Acten genommen, so kann auch der höhere Rich-

Digitized by Google

ter niemals prüfen, ob sie mit Recht oder mit Unrecht ausgeschlossen wurde. Sie mag vollkommen ordnungsmäßig abgefaßt gewesen, ja! nur das nothwendige enthalten haben, die Verfügung des Gerichts mag durchaus grundlos und der von dem Anwalte vertretenen Partei durchaus präjudicirlich geworfen seyn — die Schrift ist nicht bei den Acten, und eben dadurch ist alle Möglichkeit der Prüfung der einschlägigen Fragen entfernt.

Schon von vorn herein muß daher angenommen werden, daß der Geist einer vernünftigen Gesetzgebung keineswegs dahin gehen könne, eine derartige Bestimmung in's Leben zu rufen, und eine genauere Betrachtung des §. 1107 der bürgerlichen Prozeßordnung wird zeigen, daß er sie keineswegs getroffen hat. Das Wort „werden" im Munde des Gesetzgebers bedeutet, wenn es positiv steht, immer „müssen", und wenn es mit einer Negation verbunden ist, „nicht dürfen". Wenn der Gesetzgeber verkündigt: „es wird dieses geschehen", so heißt das: „es muß geschehen"; und wenn er erklärt: „es wird nicht geschehen", so bedeutet das: „es darf nicht geschehen".*) Die Worte des §. 1107 der bürgerlichen Prozeßordnung „Wird die Schrift auch nicht zurückgewiesen" bedeuten daher: „darf die Schrift auch nicht zurückgewiesen werden". Diese, bestimmtere Fassung wird wahrscheinlich nur aus dem Grunde vermieden worden seyn, um in demselben Paragraphen nicht zweimal das Wort „darf" an die Spitze eines Satzes zu stellen. So verstanden, stimmt der §. 1107 mit der Prozeßwissenschaft und den früher gültigen Prozeßbestimmungen unsers Landes überein. Anders ausgelegt würde er in Wiederspruch mit beiden treten, während doch die Fassung desselben, und namentlich seines nicht dispositiv gestellten und blos negativ gehaltenen Vordersatzes einen solchen Wiederspruch keineswegs erwarten läßt. Der Gesetzgeber sagt in Uebereinstimmung mit Wissenschaft und früheren Gesetzen: „es wird dieses nicht geschehen". Daraus ableiten zu wollen, daß es geschehen dürfe, scheint mir eine durchaus irrige Auslegung zu seyn. Derartige, wichtige, die Grundfesten des Prozeßverfahrens erschütternde Bestimmungen, wie sie die von mir bekämpfte Auslegung dem §. 1107 der bürgerl. Prozeßordnung unterlegt, werden nicht, so zu sagen, in Parenthesis getroffen, sondern werden, wenn der Gesetzgeber sie in der That beabsichtigen sollte, klar, deutlich und unumwunden ausgesprochen.

Uebrigens scheint es, daß das Hofgericht des Unterrheinkreises sich auf eine solche Auslegung des §. 1107 der bürgerlichen Prozeßordnung gar nicht einmal berufen will, da es sich auf diesen Paragraphen nicht bezogen hat. Auch würde diese Auslegung eine Zurückgabe der Schrift zur Reinigung so wenig als die Zurückgabe irgend einer andern als der Klagschrift*), und eine Zurückgabe dieser letzteren zur ordnungsmäßigen Abfassung nur als exceptionelle, keineswegs aber, wie der Anschlag droht, als gewöhnliche und regelmäßige Verfügung rechtfertigen. OGAdv. G. v. Struve.

*) Ganz richtig, aber im §. 1107 ist nicht gesagt: „es wird nicht geschehen" —, die Rede ist vielmehr bedingungsweise: „wenn es nicht geschieht", nämlich: „wird die Schrift nicht zurückgewiesen" ꝛc. Sagt aber das Gesetz: „wenn nicht zurückgewiesen wird," — so unterstellt es doch, daß auch das Gegentheil geschehen, nämlich wirklich zurückgewiesen werden könnte. D. R.

III.

Zu Nro. 4 der Annalen von 1839, die Accispflicht von Liegenschaftsveräußerungen betreffend.

In der Nummer 4 der Annalen der Gr. Badischen Gerichte vom laufenden Jahr, befindet sich über die Frage, ob der Erwerber von Güterkaufschillingen die Accise zu entrichten habe, ein Aufsatz, der eine Verunglimpfung sämmtlicher Vorstände der Obereinnehmereien und Hauptsteuerämter enthält, und zwar Seite 27 in den Worten:

> „denn es ist vorauszusehen, daß letztere (die Steuerbehörden) jene Ministerialentschließung wie gewöhnlich für ein unzweifelhaft geltendes Gesetz betrachtend, die Kontravenienten als Defraudanten behandeln werden, während die Gerichte ꝛc. keine Defraudation finden werden."

Da die Obereinnehmereien und Hauptsteuerämter nach erhaltener Anzeige jedesmal zu prüfen hatten, ob nach dem Inhalt derselben ein Vergehen vorlige (Art. 7 der Finanzministerialverordnung vom 4. April 1838. Regierungsblatt Nro. XVII. von 1838), so kann die Beschuldigung, daß wie gewöhnlich kein Unterschied zwischen einer Ministerialentschließung und einem Gesetz gemacht werde, nur diesen Bezirksstellen gelten. Ich kenne eine große Anzahl der Vorstände dieser Behörden, aber kein einziger ist mir bekannt, der nicht wissen sollte, was man nach Badischem Staatsrecht unter Gesetzen zu verstehen habe, auch ist ganz und gar nicht glaublich, daß irgend Einer diese Frage nicht sollte gehörig beantworten können.

In jedem Fall gehört aber eine starke Dreistigkeit und ein großer Dünkel dazu, eine ganze Klasse von Staatsbeamten einer so grellen Unwissenheit zu zeihen, daß sie eine Finanzministerialentschließung als Gesetz ansehen. Erbaulich müssen solche Beschuldigungen für Fremde zu lesen seyn, welche seit 20 Jahren so viel reden hören mußten vom polititischen Leben im Volke selbst bei uns, dessen Theilnahme an öffentlichen Geschäften, dessen Kenntnissen ꝛc.

Was die Hauptsache selbst, nämlich die Entrichtung der Acciser von Güterkaufschillingen betrifft, so erlaube ich mir Folgendes in Kürze zu bemerken. Die Fälle, die mir bis jetzt bekannt wurden, sind verschieden; nach dem Inhalt mancher Verträge, meist in der Form von Auftragsver-

*) Der §. 1107 ist im §. 1109 auch auf andere Parteischriften ausgedehnt. D. R.

Digitized by Google

trägen abgeschlossen, ist nicht nur das Recht erworben worden, das Gut zu veräußern und den Kaufschilling um einen zum Voraus verabredeten Preis für sich zu beziehen, sondern das Eigenthum der Liegenschaften ist wirklich von Einem auf den Andern übergegangen. Auf die Form, in welcher der Vertrag abgeschlossen wurde, durch welche das Eigenthum von Einem auf den Andern übertragen worden ist, konnte es nach meiner Ansicht nicht ankommen, sondern nur auf die Sache, ob nämlich eine solche Eigenthumsübertragung vorhanden sei, und dann war nach der Accisordnung auch eine Accispflichtigkeit vorhanden. Ich habe dergleichen Erwerbungen von Liegenschaften so wenig als frei vom Accise ansehen können, als ich einen Ochsen, der erwürgt und dann ausgehauen wird, als frei von der Fleischaccise ansehe, obgleich in dem Gesetz vom 12. Mai 1835 nur vom Schlachten geredet wird, worunter man das Erwürgen, als eine andere Form des Tödtens, nicht begreift. Zum Beweise, daß es auch Unter- und Obergerichte giebt, welche andere Ansichten hegen, als in Nro. 4 der Annalen ausgesprochen sind, theile ich hier eine Abschrift von einem Uetheil des Großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 2. Mai 1837 mit.

Die gegen das amtliche Erkenntniß, welches das Daseyn eines wirklichen Verkaufs annahm und darum die Accisdefraudationsstrafe aussprach, ausgeführte Rekursbeschwerde enthielt Folgendes:

„Nach den bei den Akten befindlichen, vom Denunciaten K. mit H. und A. abgeschlossenen Verträgen haben die beidgenannten Kontrahenten den Diaten K. ermächtigt, ihre Hofgüter für einen bestimmten Preis zu verkaufen.

Der Bevollmächtigte garantirte den speciell bestimmten Preis gegen die ihm zugesicherte Aussicht auf etwaigen Mehrerlös. Insofern daher hier noch ein anderer Vertrag, als der bloße Auftragsvertrag vorliegt, ist's ein Glücksvertrag, nämlich die durch die geleistete Garantie eines bestimmten Preises erkaufte Hoffnung eines möglicher Weise zu machenden Gewinns. Gleichwie nun der Kauf eines Lotterieloses, in der eine Liegenschaft ausgespielt wird, nur als ein Kauf einer Hoffnung auf Gewinn angesehen werden kann, so kann auch dieser Vertrag nur als bloßer Kauf eines möglicher Weise zu hoffenden Gewinns betrachtet werden. Solche Käufe sind aber nicht accispflichtig. Accispflichtig ist aber auch nicht der Auftragsvertrag, sondern nur jener, wodurch eine Liegenschaft in eine andere Hand übergeht. H. und A. haben nun bei der Verhandlung vom 10. d. M. erklärt, daß sie dem Rekurrenten ihre Höfe unter den in den vorgewiesenen Verträgen enthaltenen Bestimmungen übergeben haben. Diese Verträge enthalten nun von einer Uebertragung einer Liegenschaft an den Rekurrenten kein Wort, und es können daher auch die L. R. S. 1582 und 1583 hier nicht zur Anwendung kommen.

Daß in den vorgelegten Verträgen die Gegenstände, zu deren Veräußerung der Diat bevollmächtigt wurde, genannt sind, ist ganz natürlich, da es ein auf ein gewisses Geschäft lautender Vertrag ist. L. R. S. 1987.

Daß auch die Summe bestimmt wurde, die Bevollmächtigter aus dem zu verkaufenden Objekte zu lösen habe, ist eben so natürlich, da die Vollmachtgeber nur um diesen Preis die Sachen losgeschlagen wissen wollen.

Daß Gewalthaber von den Gewaltgebern die verlangte Summe garantirte, sich dabei aber den Mehrerlös zum Eigenthum vorbehielt, darin liegt der Glücksvertrag, der nach L. R. S. 1984 ein durchaus erlaubter Vertrag ist.

Daß, wenn dieser Glücksvertrag bestehen soll, der Gewalthaber sich die Unwiderruflichkeit des Auftragsvertrags, sowohl rücksichtlich der Dauer, als der Art der Ausführung bedingen mußte, springt klar in die Augen, denn wer wollte Garantie für einen bestimmten Preis leisten, wenn man nicht Zeit und Umstände soll abwarten dürfen, um die Sache zu guten Preisen an den Mann zu bringen? — Der Gewalthaber ist ein Landwirth, der die Felder jetzt verbessert, und vielleicht durch Erbauung neuer Häuser kleine Güter formirt, um dadurch den Werth des Feldes zu steigern, was ihm gewiß auch erlaubt ist, und was gleichfalls zum Besten der Staatskasse gereicht.

Nur mit Rücksicht hierauf konnte er den Vertrag also abschließen, und nur mit Rücksicht auf die guten Vermögensumstände desselben konnten die Gewaltgeber die angebotene Garantie annehmen.

Die Verbesserung der Güter kann in 5 Jahren, namentlich die Wiesenkultur, erfolgen, und bis dahin ist auch die Zahlungsfrist verlängert, ohne daß Zinsen für die Termine bezahlt werden dürfen, was die Auftragsgeber gewiß würden bedungen haben, wenn sie ihre Güter verkauft hätten.

Ich glaube hiedurch, namentlich mit Bezug auf den Wortlaut der Verträge gezeigt zu haben, daß hier kein Kauf über Liegenschaften abgeschlossen worden, und daß daher, nachdem nur solche Käufe accispflichtig sind, gar keine Accisschuldigkeit zu dessen Entrichtung vorliege. Liegt aber keine solche vor, so kann natürlich auch von einer Defraudation keine Rede seyn. Wäre aber auch eine Accisschuldigkeit vorhanden, so kann von einer Defraudation um so weniger die Rede seyn, als am 1. d. M. dem Accifer vom Diaten selbst die Verträge vorgewiesen wurden, welcher Tag um so mehr als rechtsgültig gelten muß, als der Moment, in welchem der Vertrag abgeschlossen wurde, gar nicht angegeben ist, daher auch die Fristenberechnung sich nicht auf die Stunde erstrecken kann, da man heut zu Tag gewöhnt ist, die Fristen so zu berechnen, daß der Tag, an dem etwas

Digitized by Google

geschehen, eben so wenig, als jener, an dem etwas hätte geschehen sollen, gerechnet, sondern immer noch ein Tag zugegeben wird.

Sollte jedoch diese Berechnung nicht angenommen werden, so erhellt aus der amtlichen Verhandlung vom 10. d. M., daß schon am 25. v. M. die Anzeige vom Acciser einkam, daher dieser schon damals Kenntniß von den Verträgen hatte, denn sonst hätte er ja nichts anzeigen können.

Diese Kenntniß erhielt er aus Auftrag des Diaten durch die Vollmachtgeber selbst, folglich hat Diat auch die in §. 100 der Accisordnung vorgeschriebene Anzeige erstattet, und ist daher keineswegs als Defraudant zu betrachten, insbesondere, da schon der Bürgermeister der Gemeinde inhaltlich seiner am 27. und 28. v. M. ans Amt erstatteten Berichte Kenntniß von den Verträgen hatte.

Jedenfalls war zur Zeit der Anzeige des Accisers die 14tägige Frist, die zur Anzeige eines Kaufvertrags dem Accispflichtigen gestattet ist, noch nicht abgelaufen, sondern erst Mittwochs den 30. v. M. Nachts 12 Uhr, und es kam daher Diat, da man um diese Zeit außer Nothfällen keine Meldung zu machen pflegt, ihm zuvor, und es hätte daher auf die zu frühzeitige Anzeige gar keine Untersuchung eingeleitet werden sollen."

Hierauf erließ das Hofgericht des Oberrheinkreises unterm 2. Mai 1837 Nro. 1546 folgendes Urtheil:

„Der von dem Denunciaten K. gegen den amtlichen Bescheid vom 10. Dez. v. J. anher ergriffene Rekurs ist — unter Verfällung des Denunciaten in die Kosten dieser Instanz — als unbegründet zu verwerfen."

Entscheidungsgründe:

„Die Accisordnung von 1812 schreibt im §. 84 vor, daß von allen Kontrakten, wodurch das Eigenthum liegender Güter von einem auf den andern übergeht, 1½ Kreuzer vom Gulden der Kontraktssumme als Accis bezahlt werden muß. Die Accispflicht tritt nach §. 93 ein, sobald der Kontrakt nach dem Landrechte für geschlossen und wechselseits für verbindlich anzusehen ist, also namentlich beim Kauf, sobald man über Sache und Preis unbedingt einig ist. Nach §. 100. Nro. 14 ist das Accisgesetz übertreten, wenn 14 Tage von dem Moment gerechnet, wo der Kontrakt für geschlossen anzusehen ist, verstrichen, ohne daß der Käufer dem Acciser wenigstens die vorläufige Anzeige gemacht, oder eine gerichtliche Person, die mit dem Geschäft befaßt war, dazu veranlaßt hat. Die Strafe besteht nach §. 101 im ersten Fall im vierfachen Accisbetrag.

Der Denunciat K. von B. schloß mit H. am 16. Nov. v. J. einen Vertrag, durch welchen das Hofgut des H. nebst allen Zugehörden dem K. hingegeben wurde, um dasselbe zu dem Preis von 23,000 fl. und 18 Louisdors Trinkgeld zu verkaufen. Dieser in die Form eines Auftrags eingekleidete Vertrag ist jedoch offenbar nichts weiter als ein Verkauf des Hofguts an den angeblich Bevollmächtigten und die Ausdrücke von Auftrag „Auftraggeben" und „Bevollmächtigter" sind absichtlich gewählt um der Sache den Anschein zu geben, als handle es sich um keinen Kauf und so der Accisezahlung sich zu entziehen. Man entnimmt dieß ganz deutlich aus den Nebenbestimmungen des Vertrags. Denn in §. 3 garantirt K. den bedungenen Kaufschilling und behält sich den etwaigen Mehrerlöß selbst vor; — der Austeaggeber darf den Vertrag, nach §. 5 nicht widerrufen (wozu doch das Landrecht in Satz 2004 den Auftraggeber berechtigt.) — Die Zahlung des Kaufschillings geschieht, nach §. 4 und 6, durch K., und er leistete sogleich eine Abschlagszahlung von 1000 fl., und bezahlt den Rest in Zielern, er mag den Verkauf schon begonnen haben oder nicht, — der Auftraggeber behaltet sich Eigenthumsrecht vor (wozu? wenn er dem K. nur einen Auftrag ertheilt hätte!) — bis zum 1. Mai 1837 muß der Austeaggeber den Hof verlassen, und dem Bevollmächtigten einräumen, welcher Steuern und Abgaben zu entrichten hat — der Bevollmächtigte soll unter seinem eigenen Namen verkaufen und trägt den Verlust.

Von diesem Vertrage wuede dem Acciser erst am 1. Dez. 1836, also nach Ablauf von 14 Tagen und nachdem der Acciser auf andere Art schon Kenntniß davon erhalten hatte, Anzeige durch K. gemacht.

Das Amt hat daher mit Recht den Letztern der Accisdefraudation für schuldig erkannt und der anher ergriffene Rekurs ist nicht begründet.

D.

IV.

Kriminalprozeß.

Zur Kenntniß des Standes unseres Kriminalverfahrens, namentlich in Bezug auf Rekurse, in Untersuchungssachen und auf die Stellung des Staatsanwalts, wird die Mittheilung nachstehender dreier Generalverordnungen nicht unwillkommen seyn.

Generale über die Rekurse in Kriminalsachen.

Justiz-Ministerium.

Karlsruhe, den 1. März 1836.

Nr. 1065. I. Dem Großherzogl. Oberhofgericht wird in Beziehung auf die provisorischen Gesetze vom 18. v. M. (Reg.-Bl. Nr. X.) und die im heutigen Regierungsblatt (Nr. XI.) erschienene diesseitige Verordnung vom 26. nämlichen Monats, den Rekurs in schriftlichen Strafsachen, so wie das Verfahren in Steuerstrafsachen betreffend, hiemit eröffnet.

Digitized by Google

1) Die unbeschränkte Gestattung des Rekurses gegen hofgerichtliche Erkenntnisse dürfte, wenigstens in der ersten Zeit, die Geschäfte des Großherzogl. Oberhofgerichts vermehren, obwohl von der andern Seite die erweiterte Competenz der Hofgerichte auch eine Verminderung zur Folge haben mag, weil nicht gerade Jeder, der zu mehr wie zehnjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt ist, den Rekurs zum Recht ergreifen wird. Jener wahrscheinlicher Geschäftsvermehrung halber überläßt man nun aber dortseitigem Ermessen von schriftlicher Vortragserstattung über Rekurse Umgang zu nehmen, und blos die Entscheidungs-Gründe zu den Akten zu bemerken, so oft die betreffende Sache weder in faktischer noch in rechtlicher Beziehung irgend verwickelt oder schwierig erscheint.

2) Strafsachen, in welchen das Großherzogl. Oberhofgericht bis jetzt ausschließend der urtheilende Richter war, müssen — ist das oberhofgerichtliche Urtheil nicht schon vor dem 15. l. M. gefällt — an das betreffende Hofgericht zur förmlichen Aburtheilung rückgesendet werden.

3) Nummer 2. Der Eingangs gedachten diesseitigen Verordnung ermächtigt das Großherzogl. Oberhofgericht, auf Strafminderung auch in solchen Fällen zu erkennen, welche vor dem 15. l. M. mittelst des bis dahin allein zulässigen Rekurses um Unschulds- oder Klagfrei-Erklärung bei demselben anhängig geworden, an demselben Tage aber noch nicht erledigt sind.

4) Vermöge eben dieser Nummer kommt es hinsichtlich derjenigen Rekurse, welche gegen frühere hofgerichtliche Erkenntnisse erst noch anhängig gemacht werden, was die Rekursfristen betrifft, im Interesse des Rekurrenten, blos darauf an, ob er entweder die Fristen der ältern oder der neuern Gesetze beobachtet hat. Es schien überflüssig, wegen der am 15. l. M. noch nicht ausgeführten Rekurse besonders zu gestatten, daß zugleich um Strafminderung gebeten, oder auch ohne solche Bitte von dem Großherzogl. Oberhofgericht hierauf erkannt werden dürfe.

5) Die höchste Bestätigung der auf mehr wie zehnjährige Zuchthausstrafe, Dienstunwürdigkeit u. s. w. lautenden Straferkenntnisse ist nicht aufgehoben; da der Verurtheilte jedoch gegen hofgerichtliche Erkenntnisse den Rekurs zum Recht ergreifen kann, so ergiebt sich von selbst, daß deren Verkündung allzeit vor Einholung der höchsten Bestätigung Statt finden muß. Oberhofgerichtliche Erkenntnisse sind dagegen in der bisherigen Weise gleichbald vorzulegen, mögen sie übrigens auf den Rekurs des Verurtheilten oder den des Staatsanwalts gefällt worden seyn, sofern dieselben nur wegen des Strafmaßes sich zur höchsten Bestätigung eignen, oder ein mit dem Rekurs zum Recht eventuell verbundener Rekurs zur Gnade der Erledigung bedarf.

6) Die Bestimmung endlich, wornach den Verwaltungsbehörden Erkenntnisse und Akten mitzutheilen sind, hat, da sie nur die etwaige Ergreifung eines Rekurses möglich machen soll, der Natur der Sache nach auf oberhofgerichtliche, erst nach ergriffenem Rekurs gefällte Erkenntnisse überall keinen Bezug, vielmehr ist es Sache des Staatsanwalts, den Verwaltungsbehörden zu eröffnen, wie der Rekurs, sei er von ihnen oder von den Verurtheilten ergriffen, erledigt worden ist.

II) Nachricht hievon dem Großherzogl. Hofgericht mit dem Bemerken:

1) Es versteht sich, daß der Staatsanwalt Behufs der Urtheilsfällung in Strafsachen weder referiren, noch in der Berathung und Abstimmung Theil nehmen kann, dagegen bleibt er in jeder andern Beziehung, insbesondere für die bürgerlichen Streitsachen Mitglied des Gerichtshofs nach wie vor. Ob jenes Umstands halber eine Personal-Vermehrung nothwendig ist, muß die Erfahrung zeigen, und erwartet man hierüber demnächst motivirten Bericht.

2) In Streitsachen wegen Preßvergehen oder Ehrenkränkungen, wo der Staatsanwalt Klage erhoben hat, wohnt er der Aburtheilung niemals bei, überhaupt ist deshalb nach sonst ergangenen Vorschriften fortdauernd zu verfahren.

3) Hinsicht der oben unter I. Nummer 5 erwähnten Vorlage zur höchsten Bestätigung oder zur Erledigung eines Begnadigungsgesuchs wird es förderlich seyn, wenn den Aemtern jeweils nur die dortseitigen Erkenntnisse zur Verkündung zugesendet, die Untersuchungsakten aber vorläufig innebehalten werden, bis sich zeigt, ob der Staatsanwalt oder der Verurtheilte rekurirt.

4) Für Alles, was die Aufsicht des Hofgerichts über die Strafgerechtigkeitspflege betrifft, z. B. Voranzeigen der Aemter, Kriminaltabellen, Strafvollzug u. s. w. ist der Staatsanwalt künftig ausschließender Respicient, in dieser Eigenschaft kann er auch wegen formeller Gebrechen, zu deren Kenntniß er durch die Vortrags-Erstattung in Strafsachen gelangt, namentlich wegen mangelhaft geführter Untersuchung, wegen Nachlässigkeit oder Willkühr des Untersuchungsrichters, zweckdienliche Anträge stellen; ob denselben Folge zu geben sei, hängt von dem Ermessen des Kollegiums ab.

5) Vom 15. l. M. an fällt das Einsenden der Urtheile und Akten in den durch diesseitige Verfügungen vom 25. Februar 1824 Nr. 577, 17. März 1824 Nr. 785 und 12. November 1823 Nr. 4017 bezeichneten Strafsachen hinweg; ebenso die abschriftliche Vorlage der Anzeigen, die von den Aemtern über wichtigere Verbrechen zu erstatten sind.

Digitized by Google

Auszug

aus der Instruktion für den Staatsanwalt nach dem Erlaß Großh. Justizministeriums vom 1. März 1836. Nr. 1065.

1) Von der Befugniß, gegen hofgerichtliche Erkenntnisse zu recurriren, hat der Staatsanwalt nur dann Gebrauch zu machen, wenn dies aus entscheidenden Gründen dringend rathsam ist; seine abweichende Meinung in Beziehung auf die Dauer oder auch die Gattung einer erkannten Freiheitsstrafe soll ihn für sich allein hiezu niemals bestimmen; es würde sonst nicht nur das Gr. Oberhofgericht mit Geschäften überhäuft, sondern nebstdem ein wichtiger Zweck der Strafgerechtigkeitspflege gefährdet, welcher in der möglichst raschen Ahndung jedes Verbrechens besteht. Hauptsächlich wird der Rekurs gegen lossprechende Erkenntnisse zu ergreifen seyn, sofern deren Gesetzmäßigkeit erellen Zweifeln unterliegt; genügenden Anlaß hiezu kann jedoch nicht minder die auffallende gelinde Bestrafung erheblicher Verbrechen geben, so wie der Umstand, daß das Gericht die Qualifikation einer verbrecherischen That oder den Sinn einer gesetzlichen Vorschrift zum Vortheil des Beschuldigten wesentlich mißkennt.

2) In der Regel, wovon an sich nur besonders verwickelte oder schwierige Fälle ausgenommen sind, muß der Staatsanwalt sogleich nach erfolgter Aburtheilung erklären, ob er recurriren will oder nicht. Eine seltene Ausnahme bilden jedoch die auf die Anzeige einer Verwaltungsbehörde zur Aburtheilung gekommenen Fälle, indem der Staatsanwalt hierbei lediglich zu gewärtigen hat, ob und in welcher Maaße er von derselben Behörde zur Ergreifung des Rekurses beauftragt werden wird. Scheint ihm in andren Fällen zweifelhaft, ob Recurs zu ergreifen sei, so hat derselbe unter Anschluß der zum Verständniß nöthigen Akten, an das Justizministerium alsbald zu berichten.

3) Mit der Anzeige des Rekurses ist regelmäßig dessen Ausführung zu verbinden; auch ist letztere auf die zur Begründung des Antrags schlechthin nothwendige faktische und rechtliche Erörterung zu beschränken, der Antrag selbst aber nie so absolut zu fassen, daß hieraus gefolgert werden dürfte, eine geringere, wie die verlangte Aenderung des hofgerichtlichen Erkenntnisses, werde gar nicht gewünscht.

4) Zur möglichst sorgfältigen Behandlung empfiehlt man dem Staatsanwalt das ihm unter II. 4. zugewiesene Respiciat, welches sich auf das Formelle der Strafgerechtigkeitspflege innerhalb des hofgerichtlichen Sprengels bezieht. Vorzüglich hat derselbe dahin zu wirken, daß die Untersuchungen rasch geführt, die erkannten Strafen aber unverweilt vollzogen werden. Einer übersichtlichen Berichtserstattung wegen Alles dessen, was seinen Geschäftskreis berührt, sieht man zeitweise entgegen, zum ersten Mal im Juli laufenden Jahrs. Jedoch sind bedeutsamere Ereignisse oder Wahrnehmungen gleichbald zur Kenntniß diesseitiger Stelle zu bringen, hauptsächlich dann, wenn unmittelbare Einschreitung nöthig oder zweckmäßig erscheint.

Generale über den Geschäftskreis des Staatsanwalts.

Justiz-Ministerium.

Karlsruhe den 22. Juni 1836.

Nr. 1508. Bericht des Gr. Staatsanwalts beim Hofgericht des Oberrheinkreises vom 9. l. M. das provisorische Gesetz vom 18. v. M. über den Recurs in gerichtlichen Strafsachen betr.

Beschluß.

Dem Gr. Hofgericht in Beziehung auf diesseitigen Erlaß vom 1. l. M., Nr. 1065, zu bemerken:

a) Obschon der Staatsanwalt weder an der Berathung, noch an der Abstimmung Theil nehmen kann, wenn Streitsachen in materieller Hinsicht zu erledigen sind, so ist ihm damit gleichwohl nicht untersagt, auch insofern eine Meinung zu äußern, falls dies Interesse der Gerechtigkeit, für oder gegen den Angeschuldigten, ihn hierzu bestimmt. Nur muß dies jeweils unmittelbar nach Verlesung des Vortrags und des Instruktiv-Votums geschehen; auch darf hieraus niemals eine Diskussion zwischen dem Staatsanwalt und den übrigen Mitgliedern des Gerichtshofs erwachsen, und endlich versteht sich von selbst, daß Letzteren die Würdigung jener Meinung vollkommen überlassen bleibt.

b) Dies dem Staatsanwalt unter II. 4. des gedachten Erlasses übertragene Respiciat kann sich zwar nicht so weit erstrecken, daß er alle Strafsachen auch nach Einsendung der geschlossenen Untersuchungsakten, bis zu dem Stadium respicirt, wo sie zum Vortrag ausgestellt werden; doch ist wünschenswerth, daß dieß hinsichtlich aller wichtigeren Sachen, d. h. aller derjenigen geschieht, in welchen die Aemter Voranzeigen erstatten. Desgleichen beginnt sein Respiciat in Beziehung auf alte Strafsachen neuerdings, sobald sie rechtskräftig abgethan, und somit Strafen zu vollziehen, oder nur noch formelle Punkte zu erledigen sind.

c) Zu wesentlicher Geschäftserleichterung dürfte, was den §. 11. des provisorischen Gesetzes betrifft, eine generelle Anordnung gereichen, wodurch sämmtlichen Bezirks-Aemtern aufgetragen wird, bei der Einsendung geschlossener Untersuchungsakten, sofern der Beschuldigte verhaftet ist, berichtlich zu äußern, warum die Verhaftung Statt gefunden hat, und aus welchen Gründen dieselbe fortdauern soll. — Da nebstdem über die Fortdauer oder Aufhebung der Haft nicht von dem Staatsanwalt referirt werden kann, so sind im bezeichneten Falle die Akten gleich nach ihrer Einkunft stetshin einem andern Mitglied des Gerichtshofs zuzustellen, jedoch blos zu dem fraglichen Zweck, so daß das Respiciat des Staatsanwalts nur eine kurze Unterbrechung erleidet.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 13. Juli 1839.

I.
Miszellen
aus dem Gebiete des Strafrechts.

1) Beschwerdeführung beim Oberhofgericht in einer Defraudationssache.

Der recurrentische Anwalt beschwerte sich, weil ihm das Hofgericht die nachgesuchte Akteneinsicht versagt hatte. Das Oberhofgericht fand diese Beschwerde begründet und deferirte durch Beschluß v. 29. April 1837 dem Begehren des querulirenden Sachwalters, obgleich nach der hofgerichtlichen Ansicht keine erheblichen und hinreichend bescheinigten Gründe dafür vorhanden wären. In einem Bericht vom 19. Mai 1837 remonstrirte nun das Hofgericht gegen die vorbemerkte Verfügung, da eine Beschwerdeführung bei dem obersten Gerichtshof in dem vorliegenden Fall überhaupt unstatthaft sei; denn 1) finde in Strafsachen nach §. 5 des provisorischen Gesetzes vom 18. Februar 1836 nur gegen Erkenntnisse und nicht auch gegen blose Zwischenverfügungen ein Recurs statt, wobei es sich von selbst verstehe, daß die in der bürgerlichen Prozeßordnung über die Beschwerdeführung enthaltenen Bestimmungen hierher keine Anwendung leiden könnten. 2) Sei die fragliche Defraudationssache im Wege des Recurses an das Hofgericht gelangt und daher nach der klaren Vorschrift des angerufenen Gesetzes kein weiterer Rechtszug zulässig, indem das Hofgericht die letzte und oberste Instanz bilde. Wenn also hiernach 3) selbst nicht einmal gegen das hofgerichtliche Urtheil ein Rechtszug an den obersten Gerichtshof statthaft gewesen sei, so habe dieß noch weit weniger in Ansehung eines bloßen Neben- oder Zwischenpunktes der Fall seyn können. Endlich 4) stehe die Aufsicht über die Rechtspflege der Hofgerichte organisationsmäßig dem Justizministerium und nicht dem Oberhofgerichte zu, weshalb die Einmischung des Letztern in die fragliche Sache auch von dieser Seite als unzuständig erscheine.

Aus diesen Gründen beantragte das Hofgericht die Zurücknahme der oberhofgerichtlichen Verfügung. Hierauf erfolgte unterm 9. Okt. 1837 ein oberhofgerichtlicher Plenarbeschluß, wodurch die Verfügung vom 29. April aufgehoben und die Beschwerde des recurrentischen Anwalts, da er die Einsicht der Akten nicht zu dem Zweck einer bei dem Oberhofgericht einzureichenden Nichtigkeitsklage nachgesucht habe, als noch zur Zeit unstatthaft verworfen wurde.

2) Polizeiliche Natur der Diebstahlsbegünstigung.

In demselben Urtheile, welches einen Amtsdiener wegen Entwendung von Akten und dergleichen Papieren, des ersten großen und zugleich Hofdiebstahls für schuldig erkannte, wurde auch ein Kaufmann, welchem der Ankauf jener Gegenstände zur Last gelegt war, der Begünstigung für schuldig erklärt und in eine dreitägige Gefängnißstrafe verfällt.

Der Grund, warum sich das Hofgericht zur Aburtheilung des Begünstigers für competent hielt, lag in der formellen und materiellen Connexität der Sache. Anderer Ansicht war der oberste Gerichtshof, indem durch dessen Urtheil vom 4. Febr. l. J. das hofgerichtliche Erkenntniß hinsichtlich des recurrirenden Kaufmanns aufgehoben, sofort ausgesprochen wurde: daß kein Grund zur Fällung eines peinlichen Erkenntnisses gegen denselben vorliege und die polizeiliche Abwandlung der Sache dem Amt zu überlassen, der Recurrent jedoch in die Recurskosten zu verfällen sei. Als Grund hiefür ist angeführt: daß nach der richtigen Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer eine derartige Handlung wohl als polizeiliches Vergehen oder als ein im Strafgesetze eigens bedrohtes Verbrechen, nie aber als Theilnahme an dem Verbrechen, in Bezug auf welches die Begünstigung des Verbrechers eingetreten, erscheine, und daß insbesondere nach unserer Particulargesetzgebung der Kauf gestohlener Sachen so wenig, als nach gemeinem Recht, eine eigene Verbrechensgattung bilde.

3) Detention nach §. 10 des Strafedicts und §. 14 der Erläuterung.

In jüngster Zeit sind bei Großh. Oberhofgericht die beiden Fragen zur Entscheidung gekommen:

a. ob die Detention auch bei gefährlichen Diebstählen (§. 74 des Strafedikts), selbst wenn keine Widersetz-

Digitized by Google

lichkeit oder Gewaltsausübung an Personen mitunterlaufen ist Anwendung findet?

b. welcher Grad von Verdacht oder Beweis zur Verhängung der Detention erfordert wird?

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe antworten darauf:

zu a. Unter den in sine des §. 10 des Strafedikts namentlich aufgeführten Verbrechen, bei welchen eine Detention vornehmlich Statt finden soll, befänden sich gefährliche Diebstähle zwar nicht, während der Angriffe der Gauner und Landstreicher auf das Vermögen, als eines solchen Verbrechens ausdrücklich Erwähnung geschehe; allein dessenungeachtet seien doch gefährliche Diebstähle nicht zu solchen Verbrechen zu zählen, bei welchen eine Detention ausgeschlossen sei, wenn man erwäge, daß in der allegirten Gesetzesstelle nur einzelne Beispiele gegeben seien, in welchen die Besorgniß, welche für die allgemeine Sicherheit durch die Entlassung der Verbrecher entsteht, als vorhanden angenommen werde, daß aus der Vergleichung dieser Beispiele mit dem aufgestellten Grundsatz sich ergebe, daß alle vorbedachte gewaltsame Angriffe auf Menschenleben oder Sicherheit der Privatexistenz zu den besorgnißerregenden Fällen gehören, daß gerade die Gefährlichkeit der Diebstähle von dem Gesetze alsdann angenommen werde, wenn der Dieb sich in eine Lage gesetzt habe, die ihn veranlassen könnte, sich im Betretungsfalle zur Wehre zu setzen, und daß endlich gefährliche Diebstähle, gleichwie Nothzucht und Raub, nach §. 98 der Erläut. zum Strafedikt unter die Form der selbstsüchtigen offenen Gewalt gestellt seien. Dagegen begründe aber ein gefährlicher Diebstahl für sich noch nicht die Befugniß, auf eine Detention zu erkennen, sondern es werde noch erfordert, daß in dem einzelnen Falle die persönliche Sicherheit wirklich gefährdet worden sei, im vorliegenden Falle dadurch, daß sich die Diebe bei ihrer Betretung zur Wehre gesetzt und zur Rettung ihrer Person und des Gestohlenen wirklich Gewaltthätigkeiten verübt, oder daß sie doch wenigstens solche im Betretungsfalle zu verüben beabsichtigt hätten. — Die Richtigkeit dieser Ansicht wird wohl nicht in Zweifel gezogen werden können;

zu b. So viel sei als gewiß anzunehmen, daß, um gegen einen Angeschuldigten die Detention zu erkennen, derselbe des beschuldigten Verbrechens in so hohem Grade verdächtig seyn müsse, daß der Richter von seiner Schuld moralisch überzeugt seyn müsse.

Dieser auf keiner gesetzlichen Basis beruhende Grundsatz, welcher bei der Erledigung des von dem Staatsanwalt hinsichtlich der beiden Götschenberger gegen das hofgerichtliche Urtheil in Nr. 47 der Annalen von 1838 ausgeführten Recurses unterm 26. Nov. 1838 ausgesprochen wurde, steht mit den sowohl von Seiten des Justizministeriums als des obersten Gerichtshofs frühere adoptirten Ansichten (Jahrbücher ꝛc. Bd. IV. S. 67 — 69 und Bd. VI. S. 296. 96.) in einem augenfälligen Contraste. Die Unhaltbarkeit desselben hat der gedachte Gerichtshof 14 Tage später dadurch anerkannt, daß bei der Entscheidung des von Ulrich gegen das hofgerichtl. Urtheil in Nr. 36 und 37 der Annalen von 1838 eingelegten Recurses angenommen ward, daß die Aussage eines Mitschuldigen zufolge der Bestimmung des Art. 31 der P. G. O. für sich allein schon zur Detention hinreiche. Die nämliche Rechtsmeinung ist bereits in Nr. 51, S. 334 ibid. aufgestellt und näher ausgeführt worden. Von einer moralischen Ueberzeugung spricht das Strafgesetz nirgends.

4) Landesverweisung und deren Strafe.

Wegen wiederholten Bruchs der Landesverweisung hatte das unterrheinische Hofgericht auf den Grund des §. 33 unsers Strafedikts, verbunden mit §. 93 der Erläuterung, eine einjährige Zuchthausstrafe erkannt, die das Oberhofgericht im Recursswege auf eine achtmonatliche herabsetzte, weil der Recurrentin bei Eröffnung jenes Urtheils, welches sie der (erstmals) übertretenen Landesverweisung für schuldig erklärte, nur die Strafe des ersten und nicht jene des wiederholten Bruchs der Landesverweisung vom Amte bekannt gemacht worden, dieselbe daher wegen der Größe der Strafe in Ungewißheit gewesen sei. —

Zur Erläuterung mag dienen, daß nach einem Rescript des Großh. Justizministeriums vom 26. März 1830, Nr. 1287, bei jedesmaliger Verkündung eines Urtheils, wodurch der Inculpat in die Strafe der Landesverweisung verfällt wird, demselben die durch den §. 33 des Strafedikts auf den Bruch der Landesverweisung gesetzte Folge genau und deutlich erkläet, und davon, daß solches geschehe, in dem über den Act der Urtheilspublikation aufgenommenen Protokoll ausdrücklich Erwähnung gethan werden soll.

Das Amt hatte nun dieser Vorschrift in so ferne genügt, als sich dieselbe auf die Wiederholung, für welche im §. 93 der Erläuterungen das Strafmaas bestimmt ist, dem Wortlaute nach nicht erstreckt. Ob übrigens die gänzlich unterbliebene oder eine irrige Belehrung über die Strafe als ein rechtlicher Milderungsgrund anzusehn sei? muß nach den §§. 93, 94 u. 96 des Strafedikts beurtheilt werden.

5) Meineid der Zeugen in peinlichen Sachen.

Der §. 40 des Strafedikts (und so auch der Art. 68 und 108 der P. G. O.) handelt zunächst nur von dem falschen Zeugniß zum Nachtheil eines Angeschuldigten und normirt hiefür, je nach Verschiedenheit des Falles, die Strafe, welche bald in der vollen Vergeltung, bald in der Hälfte, bald in einem geringeren Theil derselben bestehen kann. Allein der §. 49 der Erläuterungen setzt hiezu: „Ein Meineid eines Zeugen zu Gunsten eines Verbrechers unterliegt der Strafe des Bruchs eines besonderen Verspruchseides als der geringsten Strafe eines falschen Zeugnisses. Dafür diktirt der §. 40 des Edikts, neben der Ehrenentsetzung und deren öffentlichen Verkündigung, eine dreimonatliche Kettenstrafe, wofür jetzt, da diese Strafart außer Anwendung gesetzt ist, einjähriges Zuchthaus erkannt werden muß. Nach dieser Vorbemerkung gehen wir zu einem concreten Falle über.

Durch ein hofgerichtliches Erkenntniß sind drei Zeugen, welche in einer Untersuchung wegen Diebstahls eidlich abgehört, gegen besseres Wissen eine unwahre Thatsache zu Gunsten des Beschuldigten ausgesagt hatten, des Meineids für schuldig erklärt und deshalb zu einjähriger Zuchthausstrafe, nebst feierlicher Ehrenentsetzung und deren öffentlichen Verkündung verurtheilt worden, während der Dieb, welchem sie durchhelfen wollten, mit einer Gefängnißstrafe von 4 Wochen davon gekommen war. Auf ergriffenen Recurs bestätigte der oberste Gerichtshof das hofgerichtliche Urtheil mit der einzigen Ausnahme, daß die erkannte

Digitized by Google

Zuchthausstrafe auf achttägiges Gefängniß gemindert wurde.

Das Oberhofgericht fand nämlich in dem Schlusse des §. 49 der Erläuterungen eine Norm aufgestellt, die das Gesetz selbst wesentlich abändere und überdieß Consequenz vermissen lasse; denn es könne z. B. in einer und derselben Untersuchung der Fall eintreten, daß ein falscher Zeuge zum Nachtheil des Angeschuldigten mit 14tägigem Arrest zu bestrafen wäre, wenn die Vergeltungsstrafe nicht höher sich erstreckt, während ein falscher Zeuge zum Vortheil des Angeschuldigten mit dreimonatlicher Kettenstrafe oder einjährigem Zuchthaus belegt werden müßte. In keinem Falle aber könne dem Nachsatz eine Gesetzeskraft eingeräumt werden, weil solcher nicht vom Landesherrn emanirt sei, und mit dem vom Regenten selbst sanktionirten Gesetz im Widerspruch stehe, wornach der Meineid in peinlichen Sachen, je nach dem angerichteten oder gedrohten Nachtheil, mit wandelbarer Strafe bedroht sei, und letztere weit unter ein Jahr Zuchthaus herab gehen könne, während nach dem Schluß der fraglichen Erläuterung unter einem Jahr Zuchthaus nie erkannt werden könnte. Wenn dagegen der recurrentische Anwalt glaube, der vorliegende Meineid sei peinlich gar nicht zu bestrafen, weil die falsche Zeugenaussage für die Untersuchung (wegen Diebstahls) ganz unerheblich gewesen sei, und bei der Bestrafung lediglich keinen Einfluß gehabt habe, und weil das Strafgesetz den Fall eines solchen Meineids nicht erwähne und ebensowenig mit einer peinlichen Strafe bedrohe, so sei dieß irrig. Es müsse zwar anerkannt werden, daß die falsche Aussage für die Untersuchung von geringer Erheblichkeit gewesen, und bei der Bestrafung des Angeschuldigten ohne allen Einfluß geblieben sei, wie sich solches aus den betreffenden Untersuchungsakten und insbesondere aus den Entscheidungsgründen zu dem hofgerichtlichen Straferkenntniß vom 20. März 1838 unzweifelhaft ergebe. Eben so richtig sei, daß das Strafedikt nicht namentlich den Fall der Unerheblichkeit des wissentlich falsch abgelegten Zeugnisses erwähne und dafür insbesondere keine Strafbestimmung enthalte. Allein das Strafedikt erfordere zum Wesen des Meineids in peinlichen Sachen keineswegs einen dem Angeschuldigten wirklich zugefügten Nachtheil, wie sich aus der Strafbestimmung für den Fall ergebe, daß das ergangene Urtheil an dem Angeschuldigten, aber fälschlich Beschuldigten unvollzogen geblieben sei. In diesem Falle werde die falsche Aussage, sobald nämlich der Meineid erwiesen sei, gleichfalls für den Beschuldigten materiell unerheblich und dennoch sei der falsche Zeuge mit der Hälfte derjenigen Strafe bedroht, die den Angeschuldigten betroffen hätte, falls die Aussage des Zeugen wahr und Ursache der Strafe gewesen wäre. Es lasse sich also schon hiernach rechtlich nicht bezweifeln, daß auch in Bezug auf Thatsachen, die für die Untersuchung und Bestrafung des Inquisiten nichts erheben, ein Meineid begangen werden könne*). Ueberdieß liege die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit einer falschen Aussage außer der Begriffsbestimmung des Meineids, wogegen der letztere, nämlich der Unerheblichkeit, allerdings ein wesentlicher Einfluß auf die Strafbarkeit der That eingeräumt sei**).

Um diese in concreto nach der Vergeltungsregel zu bemessen, müsse vor allen Dingen die gegen den Beschuldigten anerkannte Strafe zum Grund gelegt werden. Sie bestehe nach dem obrnangezogenen hofgerichtl. Erkenntniß in 4 Wochen Gefängnißstrafe. Da weder der Fall vorliege, daß die falsche Aussage der Recurrenten diese Strafe hervorgerufen, noch daß solche dieselbe wenigstens theilweise motivirt habe, so folge nothwendig, daß wedee das Ganze, noch die Hälfte der Vergeltungsstrafe in Anwendung kommen könne, daß vielmehr unter die letztere herabgegangen werden müsse, weil die falsche Aussage der Recurrenten auf die Bestrafung des Angeschuldigten gar keinen Einfluß geübt habe. Sehe man auf den Hauptbeweggrund, welcher die Recurrentrn nach ihrer Angabe zu dem Zeugenmeineid verleitet, nämlich Furcht, in die Untersuchung des wegen Diebstahls Angeklagten*) mit verwickelt zu werden, wenn sie nämlich der Wahrheit gemäß ausgesagt hätten, so erscheine derselbe unverkennbar als das Ergebniß einer irrigen Vorstellung, ja sogar einer Einfalt, die als rechtlicher Milderungsgrund gelten könnte und demnach könne die zu erkennende Freiheitsstrafe nur auf acht Tage Gefängniß bemessen werden. —

Wohl den Schuldigen, welchen die Einfalt so gute Dienste geleistet hat. Sie waren indessen nicht nur so klug, um gnädigsten Nachlaß der Ehrenrntsetzung zu bitten, sondern auch so glücklich, mit ihrer Bitte höchsten Orts erhört zu werden. In der Recursausführung, zur Gnade, wurde das oberhofgerichtliche Urtheil — weil entweder die volle Meineidsstrafe oder gar keine hätte erkannt werden sollen — als inconsequent bezeichnet, da die theilweise Zuerkennung der vom Gesetz angedrohten Strafe eines Verbrechens dem Richter nicht zukomme! — So scheint es auch wirklich; denn ist der §. 49 der Erläuterungen als nicht vorhanden anzusehen, so muß der strafrechtliche Grundsatz: „nulla poena sine lege“ an seine Stelle treten, weil die Eingangs allegirten Gesetzesstellen von dem falschen Zeugniß zu Gunsten eines Verbrechers nichts erwähnen, geschweige denn dasselbe mit einer Strafe bedrohen †). Wenn man hingegen auf der einen Seite den §. 49 in so fern gelten läßt, als er den Meineid zu Gunsten eines Verbrechers für strafbar erklärt und auf

*) Die entgegengesetzte Ansicht ist vertheidigt in den Jahrbüchern N. F. 4 Jahrg. 3. Doppelheft, S. 420. D. E.

**) Aber erst durch den noch nicht geltenden §. 419 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für Baden. Vergl. Annalen von 1837, S. 159 ff. D. E.

*) In Nr. 9, S. 60 der Annalen d. J. wird gewünscht, daß doch wenigstens in gerichtlichen Akten die Ausdrücke „Gesetz“ und „Verordnung“ nicht mehr ungebührlich miteinander verwechselt werden. Da nun durch den §. 6 des Strafedikts der Anklageprozeß abgeschafft und solcher nur für Preßvergehen und Ehrenkränkungen wieder eingeführt ist, so wäre auch zu wünschen, daß ein Inculpat, gegen welchen die Untersuchung von Amtswegen eingeleitet worden und überall kein Ankläger aufgetreten ist, nicht mehr uneigentlich „Angeklagter,“ sondern „Angeschuldigter“ genannt würde. D. E.

†) Daraus folgt nichts, denn das Strafedikt von 1803 ist ja nicht unser einziges Strafgesetz. Vielmehr kommt das gemeine Recht zur Anwendung, wo nicht das Strafedikt von 1803 oder ein anderes Partikulargesetz etwas Abweichendes verfügt. Demnach ist auch das falsche Zeugniß zu Gunsten eines Angeschuldigten mit Strafe bedroht, und bei der Unbestimmtheit derselben mag man allerdings in der Strafbestimmung, welche das Strafedikt für das falsche Zeugniß zum Nachtheil des Angeschuldigten enthält, einen Anhaltspunkt finden. Die Frage ist aber die: ob da, wo bei einem zum Nachtheil des Angeschuldigten abgelegten falschen Zeugnisse, die im §. 40 a gedrohte poena talionis weniger als 3 Monate Kettenstrafe betrüge, nur diese poena talionis, oder nicht vielmehr die unter lit. b angedrohte ordentliche Strafe des falschen Versicherungseids oder besondern Versprechstrides zur Anwendung komme? D. R.

Digitized by Google

der andern Seite statt der darin gedrohten Strafe eine willkürliche diktirt, so wird man inconsequent. Will man aber consequent seyn, so muß man den Zeugen, dessen falsche Aussage dem Beschuldigten keinen Vortheil gebracht hat, ganz straflos ausgehen lassen; weil man in diesem Falle die Vergeltungsregel unmöglich anwenden kann. Eben so wenig ist die Vergeltungsregel da anwendbar, wo die falsche Zeugenaussage einen wirklich Schuldigen von aller Strafe befreit hat; denn soll Gleiches mit Gleichem vergolten werden, so muß auch der meineidige Zeuge ungestraft bleiben. Wollte man gleichwohl die Vergeltungsregel auf den zuletzt gedachten Fall anwenden, so müßte man, um nicht inconsequent zu werden, den Zeugen mit der nämlichen Strafe belegen, die der Angeschuldigte verwirkt hat, also z. B. bei Capitalverbrechen mit dem Tode. Dann könnte man aber nicht mehr sagen, daß die im §. 49 der Erläut. festbestimmte Strafe im Vergleich mit den durch den §. 40 des Edikts angedrohten Vergeltungsstrafen zu hart sei. Was nun noch den Nachsatz des §. 49 betrifft, so scheint damit nur ausgedrückt werden zu wollen, daß eine dreimonatliche Kettenstrafe die geringste Strafe eines falschen Zeugnisses in bürgerlichen Sachen sei. Wäre indessen der Nachsatz auch unrichtig, so steht es doch dem Richter nicht zu, den Gesetzgeber zu coerigiren††). Von einer Abänderung des Gesetzes kann übrigens schon darum keine Rede seyn, weil der §. 49 einen im Gesetz nicht vorgesehenen Fall supplirt und ganz consequent verordnet, daß der Zeuge, welcher zu Gunsten eines Verbrechers falsch aussagt und dadurch den geleisteten Versicherungseid verletzt, von der auf den Bruch des letzteren gedrohten Strafe getroffen werden soll, die in dreimonatlicher Kettenstrafe besteht. Der Maßstab der Talion konnte hier nicht zur Norm dienen, weil ja der günstige Zeuge durch seine falsche Aussage dem Verbrecher kein Uebel zufügt, welches zu vergelten wäre. Dieser Fall ist also wesentlich verschieden von jenem, welchen der §. 40 des Edikts vor Augen hat. Wenn nun der Gesetzgeber verschiedene Arten desselben Verbrechens mit ungleicher Strafe bedroht, so macht er sich keiner Inconsequenz schuldig†††), und wenn der Richter den §. 49 der Erläut. zur Anwendung bringt, die Ermäßigung der im einzelnen Fall etwa zu hart scheinenden Strafe aber dem Regenten überläßt, so lauft er nicht Gefahr, den rechten Weg zu verfehlen.

6) Indicienbeweis in seiner praktischen Anwendung.

Der des Straßenraubs angeschuldigte Gg. A. Beisel hat nach Eröffnung des ihn auf Indicien verurtheilenden Erkenntnisses (Annalen v. 1838, Nr. 50 u. 51) am 3. Aug. v. J. ein umständliches, mit den Angaben des Coinculpaten Dufrin im Wesentlichen übereinstimmendes und sonst vielfach unterstütztes Geständniß abgelegt, auch die ihm zuerkannte Strafe alsbald angetreten. Auf den von Georg Feitz gegen das ihn gleichfalls auf Indicien eines gefährlichen Diebstahls für schuldig erkennende Urtheil des Hofgerichts (Annalen von 1838, Nr. 47) ergriffenen Recurs, erfolgte unterm 26. November 1838, die oberhofgerichtliche Bestätigung.

7) Verpartirung falscher Münzen.

Das Hofgericht hatte gegen einen Angeschuldigten, indem es denselben des Falschmünzens selbst für klagfrei erklärte, wegen Verpartierung eines falschen 100 kr. Thalers, zwei Jahr Zuchthaus erkannt. Als die Sache in die Recurs-Instanz gelangte, wurde zwar von dem oberstrn Gerichtshof als erwiesen angenommen, daß Recurrent jenes Geldstück als falsch gekannt, auch daß er solches wissentlich und eigennützigerweise ausgegeben habe, dessen ungeachtet aber derselbe auch der Verpartierung für klagfrei erklärt, weil nicht erwiesen sei, daß sich Inculpat, (wie es der §. 47. lit. e des Strafedikts fordere) das fragliche Geldstück um Gewinnswillen angeschafft habe. — Das Raisonnement ist folgendes: Alle gegen den Recurrenten vorliegenden Indicien und namentlich die stärkeren, bezeichneten ihn als Urheber der Falschmünzerei selbst; weil indessen der unredliche Erwerb falscher Münze ein anderer seyn müsse, als Falschmünzerei oder Theilnahme hieran, so könnten die daraus hervorgehenden Verdachtsgründe nicht als Grundlage für die Verpartierung falscher Münzen dienen. Zu Gunsten des Angeschuldigten müsse man aber einen redlichen Erwerb, wenn er gleich nach dem Ergebniß der Untersuchung unwahrscheinlich sei, so lange unterstellen, bis das Gegentheil rechtserforderlich erwiesen werde ꝛc.

Dagegen ließe sich vielleicht nicht ohne Grund einwenden, daß die Verfertigung falscher Münzen einer gewinnsüchtigen Anschaffung derselben mindestens gleich zu achten, daß also der für die erstere sprechende Verdacht oder Beweis auch auf die letztern anwendbar, auch daß ein redlicher Erwerb bei der aktenmäßigen Unwahrscheinlichkeit desselben, nicht zu vermuthen sei.

8) Die Erläuterungen zum Strafedikt.

Die Ansicht über den Werth dieser Erläuterungen behält ihre volle Wichtigkeit, bis ein neues Strafgesetzbuch eingeführt seyn wird; da nicht zu erwarten steht, daß sie früher auf legislativem Wege für unverbindlich erklärt werden. In neuerer Zeit ist nun das Ansehn der Erläuterungen bei den Gerichten schwankend geworden, wovon unter andern die oben unter Nr. 5 angeführte Entscheidung und jene in Nr. 22 der Annalen von 1838 Zeugniß geben, indem der oberste Gerichtshof bei beiden Gelegenheiten den § 4[illegible] und 93 der Erläut. die Gesetzeskraft abgesprochen hat. Da nun alle die Erläuterungen, wie dieselben im Reg. Blatt von 1812 gesammelt sind, auf gleicher Stufe stehen, so könnte man aus den allegirten Entscheidungen schließen wollen, daß, wenn die eine Erläuterung nichts gilt, auch die andere nichts gelte. Wiewohl sich nun gegen die Folgerichtigkeit eines solchen Schlusses wenig sagen ließe, so scheinen doch die oben unter Nr. 3 u. 4 mitgetheilten Entscheidungen des nämlichen Gerichtshofs die verbindliche Kraft der Erläuterungen wieder anzuerkennen, weil die §§. 93 und 98 in den Entscheidungsgründen zur gesetzlichen Richtschnur genommen worden sind. Wollte Gott, daß es dabei, bis zur Einführung des neuen Strafgesetzbuchs, sein unabänderliches Verbleiben behielte!

Bayer.

††) Ein circulus vitiosus! — Denn eben das ist ja die Streitfrage, ob die Erläuterungen vom Gesetzgeber herrühren. D. R.

†††) Richtig. — aber doch darf man ihm nicht zutrauen, daß er ein geringeres Verbrechen mit härterer Strafe belegen wolle, als als ein schwereres Verbrechen. Wenn also das zum Nachtheil des Angeschuldigten bei einem mit 4 Wochen Gefängniß bedrohten Vergehen abgelegte falsche Zeugniß wirklich nur mit der poena talionis von 4 Wochen Gefängniß belegt wurde, so könnte man nicht annehmen, daß der Gesetzgeber das in der nämlichen Sache zu Gunsten des Angeschuldigten abgelegte falsche Zeugniß mit 3 Monat Kettenstrafe, oder 1 Jahr Zuchthaus bestrafen wollte. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 29. Karlsruhe den 20. Juli 1839.

I.

Großer Diebstahl mit Einbruch.

Oberhofgerichtliches Erkenntniß.

(Verurtheilung auf Indicien.)

Gegen das hofgerichtliche Erkenntniß vom 4. September v. J. hatte Fr. Henn von Adelshofen den Recurs ergriffen, weil er — seines Läugnens ungeachtet — eines in Gemeinschaft mit A. Lautermilch und J. Brand mittelst Einbruchs verübten Diebstahls im Gesammtbetrage von 165 fl. 28 kr. für schuldig erkannt und deshalb zu einer 19monatlichen Zuchthausstrafe verurtheilt worden war. Allein unterm 4. Februar l. J. fällte der oberste Gerichtshof ein bestätigendes Urtheil.

Entscheidungsgründe.

Es ist der objective Thatbestand eines Diebstahls durch die eidliche Aussage der Damnificaten Bernhard Wimmer'schen Eheleute und durch die vorgefundenen Effecten, auch daß solcher mittelst Einbruches geschah, durch den vorgenommenen Augenschein, so wie der Betrag desselben zu 165 fl. 28 kr. durch gerichtliche Schätzung erhoben. Der Einbruch wurde, nach Aussage der bereits verurtheilten Mitschuldigen, Lautermilch und Brand, mittelst eines ein Schuh langen Meißels oder Stemmeisens verübt — einem Instrument, womit die Thäter sich hätten zur Wehre setzen können.

Zwar läugnet der Recurrent jede Theilnahme an diesem Diebstahl. Er will an dem Orte, wo solcher begangen wurde, nicht gewesen seyn und die bereits verurtheilten Miturheber nicht einmal kennen. Ihm stehet jedoch entgegen

I. daß nicht nur einer der Mitbeschuldigten, sondern beide übereinstimmend ihn als Coauctor der That und sogar als deren Veranlasser benennen. Der Recurrent kann keinen der beiden „die er nicht zu kennen vorgibt" einer Feindschaft beschuldigen. Nirgends ist die Spur einer Abneigung derselben gegen den Beschuldigten zu entdecken. Keiner hatte ein Interesse, ihn fälschlich anzugeben. Sie selbst haben die That mit allen sie belastenden Umständen rein angegeben — solche bliebe die nämliche, ob sie einen weiteren Gehülfen hätten oder nicht. Lautermilch hat sogar einen erheblichen Umstand, dessen er den Recurrenten hätten beschuldigen können — das Zurückschieben des Riegels am Scheuerthore mittelst eines Stemmeisens, auf seine eigene Schuld genommen.

Ihre Bezüchtigung ist mit Angabe von Umständen geschehen, welche der That vorausgingen und nachfolgten, die sich sämmtlich durch Zeugen als wahr herausgestellt haben. Sie haben ihre Beschuldigung, sogar nach erfolgtem Urtheile und nach dem Antritte ihrer Strafe, ohne Recurs, somit ohne Hoffnung irgend eines Einflusses ihrer Aussagen auf eine Strafminderung, wiederholt.

Wenn nun schon die Bezüchtigung eines Mitschuldigen, dem weiter nichts als seine eigene Theilnahme an demselben Verbrechen entgegensteht, eine nahe Anzeige bildet, so muß diese, wenn sie von zwei Mitinculpaten geschieht, um so erheblicher seyn. Ein ungemeines Gewicht erhält dieselbe aber außerdem dadurch

1) daß der Recurrent erwiesener Maßen kurz vor und und unmittelbar nach der Verübung der That mit den beiden bezüchtigenden Mitschuldigen in verdächtigem Umgange gestanden ist. Es ist nämlich dargethan

a. daß er den Lautermilch und Brand, welche beide der That geständig sind, kurz vor dem Diebstahle besuchte, daß er mit Lautermilch heimlich sprach und bei diesem Besuchen seinen Wohnort „Adelshofen" verläugnete, indem er im Kunzischen Hause, wo Lautermilch wohnet, so wie bei seiner Arretirung vorgab, er sei von Grombach. Desgleichen bei Johann Brand, auf Befragen des Georg Schwind: er sei von Spechbach, auch im Johann Brandischen Hause, sich von diesem als seinem Vetter von Zwingenberg ausgeben ließ.

Es ist ferner erhoben

b. daß der Recurrent in der Nacht des verübten Diebstahls, und zwar unmittelbar nach demselben, in dem Hause des Juden Samuel Kael, bei welchem die entwendeten

Digitized by Google

Sachen untergebracht waren, mit Lautermilch und Brand auf verdächtige Weise betroffen wurde. Es war am 4. Februar v. J. als Henn mit Lautermilch und Brand im besagten Hause arretirt wurde, und zwar in einem Nebenzimmer, wo die in derselben Nacht entwendeten Waaren ausgepackt und auseinandergelegt waren.

Henn gab vor: er sei Morgens zwischen halb 7 und halb 8 Uhr allein nach Eschelbach gekommen, um bei der Jüdin Langenweiler Geld zu leihen.

Die Unwahrheit dieses Vorgebens ergibt sich jedoch daraus, daß diese Jüdin in Abrede stellet, von Henn um ein Darlehn angesprochen worden zu seyn.

Henn, „sagt der Bürgermeister Rößler, welcher diesen arrettirte," schien mir besonders verdächtig durch seinen Blick und durch sein freches Benehmen, denn er äußerte gleich: es scheine ihm mit den Dingen nicht richtig; er habe keinen Theil daran. Henn habe durch die Thüre gesehen und dem Lautermilch einen guten Morgen geboten und gefragt: wo er her sei?

Deßhalb habe er vorerst den Henn arretiren und abführen lassen.

Die Angabe der mehrbenannten Mitschuldigern wird ferner bestätigt

2) dadurch, daß nach dem richterlichen Augenschein der Einbruch gerade an einer Stelle verübt wurde, wo die Scheidemauer zwischen der Scheuer und dem Hause am leichtesten zu durchbrechen war, was eine besondere Lokalkenntniß der Diebe voraussetzet, welche Lautermilch und Brand nicht — wohl aber der Recurrent, der früher als Knecht bei dem Bestohlenen diente, haben konnte. Nach dem erhobenen Augenschein war die Riegelwand, welche die Scheuer von der Wohnstube trennet, gut mit Backensteinen ausgemauert. Nur auf der Seite der Scheuer war der Bewurf des Speises abgenutzt, dergestalt, daß man die Steine unterscheiden konnte. Hier war nur eine größere Sandsteinplatte ausgebrochen, womit man das eingebrochene Loch dermaßen ausfüllen konnte, daß es nur noch einiger Backensteine zum völligen Ausmauern des ganzen Riegels bedurfte. Alle anwesenden Augenscheinspersonen schlossen hieraus, daß derjenige, der gerade diesen Riegel auszugraben versuchte, Lokalkenntnisse müsse gehabt haben.

Der Damnificat erklärte: er selbst sei früher nicht darauf aufmerksam geworden, daß ein einziger solcher Stein beinahe den ganzen Riegel ausfülle.

Desto begreiflicher ist es, daß der Recurrent, der früher im Wochenlohne bei dem Damnificaten diente und seines Berufes wegen vielfach in der Scheuer beschäftigt war, darauf konnte aufmerksam geworden seyn. Glaubwürdig ist es daher, wenn der Mitbeschuldigte „Lautermilch" angab: er und Henn hätten im Finstern den Riegel gesucht, wovon Henn schon unterwegs gesprochen habe, daß er gut zu durchbrechen sei, und es ist ferner glaubwürdig, wenn Brand deponirt: er habe immer vorausgesetzt, der Henn müsse vorangehen, weil er im Hause bekannt sei; dieser habe sich auch dazu angeschickt.

Zu dieser übereinstimmenden und durch bewährte Umstände unterstützte Bezüchtigung der beiden Mitbeschuldigten kömmt hiernächst die weitere ebenfalls nahe Inzicht.

II. Daß der Recurrent unmittelbar nach dem verübten Diebstahl im Besitz eines Theiles der entwendeten Effecten war. Er wurde

1) von dem Zeugen Simon Falkner von Eschelbach gesehen, wie er am 4. Februar v. J. Morgens 7 Uhr auf den Eschelbacher Wiesen, gleich dem Lautermilch und Brand, einen Pack trug und damit über einen sehr ungangbaren Fußpfad, nach der Wohnung der Jüdin Langweiler ging.

Eben so bemerkte

2) Ignaz Krotz von Eschelbach, daß der Adelshofer Bursche (Henn) an demselben Tage und zu derselben Stunde mit Lautermilch und Brand, einen Pack tragend, an seinem Hause vorüber ging.

Eben dieser Zeuge begab sich alsbald in das Haus der Jüdin Langweiler, und er war es, der auf Geheiß des Bürgermeisters denselben Adelshofer Burschen, von dort als Arrestanten abführte, auch solchen in der Gegeneinanderstellung als ebendenselben anerkannte.

Vergebens läugnete der Recurrent alle bisher vorgetragene Thatsachen und stellet sogar in Abrede, daß er die Mitbeschuldigten kenne — ja, er läugnet im Schluß verhöre: daß er wisse, warum er bisher in Untersuchung war, daß er wisse, wessen er beschuldigt und worüber er befragt worden — es könne seyn, aber er wisse es nicht, daß er befragt worden sei, ob er den Diebstahl in Grombach mit Lautermilch und Brand verübt habe.

Solches freches Läugnen alles dessen, was erwiesen ist und was er wissen mußte, kann nur eine weitere Anzeige seiner Schuld bilden.

Es sind somit zwei nahe Anzeigen vorhanden, nämlich die Bezüchtigung zweier Complicen und der Besitz der entwendeten Sachen, deren jede einen halben Beweis bildet. Hierzu kommen noch die entfernten Inzichten, nämlich der sehr verdächtige Umgang mit den geständigen Mitbeschuldigten, zunächst vor und nach der That; die Verläugnung seines Wohnortes zu derselben Zeit; die Wahrscheinlichkeit, daß der Recurrent vor Anderen mit der Lokalität, wo der Einbruch verübt wurde, bekannt war; dessen Läugnen erwiesener Thatsachen; dessen verdächtiges Benehmen bei der Arretirung, und endlich dessen schlechter Ruf, da er eines früheren großen Diebstahls nur klagfrei erkannt

Digitized by Google

und wegen Verheimlichung angeblich gefundener Effecten bestraft wurde.

Dieses alles zusammengenommen läßt (wenn gleich die in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen als erwiesen angenommene Drohung sich als wahr nicht herausgestellt hat) keinen Zweifel übrig, daß der Recurrent des angeschuldigten Diebstahls mitschuldig sei.

Gegen das Strafmaas und die Kosten ist keine Recursbeschwerde aufgestellt, auch ist hierüber in der Recursbitte nichts erwähnt. Beide Bestimmungen sind übrigens durch die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe hinreichend gerechtfertigt. Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, bestätigend erkannt.

Bayer.

II.

Ueber die Kumulation der Klagen aus verschiedener Prozeßart.

Eine Ewiderung des Aufsatzes in Nr. 20 J. 1837 *).

Zweierlei ist bei der Kumulation der Klagen aus verschiedener Prozeßart sehr wohl zu unterscheiden:

I. ob überhaupt Klagen aus verschiedener Prozeßart und zwar insbesondere, ob Klagen des ordentlichen Verfahrens und des abgekürzten Verfahrens mit einander gehäuft werden können, und

II. ob, wenn man diese Häufung zuläßt, nunmehr die Klagen des abgekürzten Verfahrens ihrem Betrage nach zu denen des ordentlichen Verfahrens gerechnet werden, und gleichfalls im ordentlichen Verfahren zu behandeln sind.

Der Hr. Verfasser des obigen Aufsatzes bejaht die obige letzte Frage, denn als Bejahung wird hauptsächlich sein Wort Komputation gelten müssen, indem er damit ausdrücken will, daß sämmtliche Summen der Klagen zusammenzurechnen sind, und nach dem facit derselben das Verfahren zu bestimmen ist. Diese seine Ansicht geht auch daraus hervor, daß er im Anfang seines Aufsatzes selbst sagt, es folge aus der Kumulation der Klagen nicht, daß in der nämlichen Procedur zweierlei Verfahren zulässig seyn solle. Er will also nur eines, und zwar das in Zusammenrechnung der verschiedenen Klagen entstehende ordentliche Verfahren zulassen.

Diese Ansicht ist aber trotz alles Berufens auf den gesunden Sinn eine irrige, und um ihren Irrthum nachzuweisen, genügt es eigentlich nur darauf aufmerksam zu machen, daß die Prozeßordnung, welche eben im §. 673, Nr. 2 für Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten unter 100 fl. das abgekürzte Verfahren festgesetzt hat, nirgends vorschreibt, daß dieses Verfahren nicht eintreten soll, wenn die Klage über eine unter 100 fl. betragende persönliche Verbindlichkeit mit einer Klage über eine andere persönliche Verbindlichkeit über 100 fl. zusammentrifft. Meiner Meinung nach muß aber der Richter eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift so lange beachten, als nicht aus dem Gesetz nachgewiesen werden kann, daß sie bei dieser oder jener Vorkommenheit nicht eintreten soll. Und wenn man nach §. 251 der Prozeßordnung mit Grund bestreiten kann, daß eine zum abgekürzten Verfahren des §. 673, Nr. 2 sich eignende Klage mit einer zum ordentlichen Verfahren sich eignenden Klage kumulirt werden darf, so wird man sich im ganzen Gesetz vergebens auch nur um einen Scheingrund umsehen, aus dem die Aufhebung des §. 673, Nr. 2 dann folgen soll, wenn der Kläger neben seiner zum abgekürzten Verfahren vereigenschafteten Klage noch zufällig eine zum ordentlichen Verfahren gehörige Forderung besitzt. Denn daß auf den die Appellationssumme bestimmenden §. 1174, Nr. 4 gegenüber dem die Frage bei der Appellation in terminis entscheidenden §. 1207 keine Rücksicht genommen werden darf, ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln. Der §. 1207 schreibt nämlich ausdrücklich vor, daß bei dem Zusammentreffen verschiedener Appellationen in der nämlichen Sache die gesetzlichen Vorschriften einer jeden zu beobachten sind. Nun gibt es aber nur zweierlei Appellationen (abgesehen von der wegen versagter Ladung, welche gleichmäßig die zwei verschiedenartigen Appellationen umfaßt), die des ordentlichen und die des abgekürzten Verfahrens, und wenn nun für die Verhandlung der Appellation ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß bei Zusammentreffen beider Arten der Appellationen in einer Sache die besondern Vorschriften jeder Art der Appellation zu beobachten sind, so wird man wohl auch zu schließen berechtigt seyn, daß, wenn man in I. Instanz diese beiden verschiedenartigen Verfahren in einer Sache zusammentreffen läßt, auch in I. Instanz die besondern Vorschriften einer jeden Art zu beobachten sind. Allerdings schreibt der §. 1207 dieses nicht vor. Allein auch das Gegentheil ist im §. 1174, Nr. 4 nicht vorgeschrieben, und wenn man also gezwungen ist, die Frage aus rechtsähnlichen Bestimmungen zu beantworten, so wird jeder Unbefangene zugeben müssen, daß die Frage in terminis für die Appellation entscheidende Bestimmung, auch für die Entscheidung der Frage in I. Instanz angezogen werden kann, und so lange ein Hauptgewicht bleibt, als er nicht aus dem Wege geräumt werden kann.

Weil man nur selten an heterogene Dinge zugleich denkt, so glaubt der Herr Verfasser des obigen Aufsatzes, daß der Gesetzgeber bei dem §. 1207 nicht an die Appellationen des

*) Obschon durch das Gesetz vom 3. August 1837 das abgekürzte Verfahren gegen die Prozeßordnung eine Abänderung erlitten hat, so ist es immer noch vom ordentlichen Verfahren verschieden, weshalb der Gegenstand dieses Aufsatzes immer noch praktischen Werth hat.

Digitized by Google

abgekürzten Verfahrens wegen unter 100 fl. bleibender Beschwerdesumme, sondern nur die Appellation des abgekürzten Verfahrens gegen Incidentpunkte gedacht habe, und daß also der §. 1207 nicht auf den ersten Fall gehe. Allein abgesehen davon, daß man dem Gesetzgeber wohl so viele Denkkraft zutrauen darf, daß er im §. 1207 überhaupt noch an das denkt, was er im §. 1206 vorgeschrieben hat, selbst wenn der §. 1206 heterogene Dinge umfassen würde, so ist dieses nicht einmal der Fall, denn die Appellation des abgekürzten Verfahrens gegen Incidentpunkte ist gegen die Appellation des abgekürzten Verfahrens wegen einer Beschwerde unter 100 fl. gar nichts heterogenes, sondern etwas homogenes, und es läßt sich gar nicht einsehen, warum der doch bekannte scharfsinnige, äußerst präcis sich ausdrückende Redakteur der Prozeßordnung im §. 1207 nur an die sogar noch weiter zurückgelegene Appellation gegen Incidentpunkte, nicht aber an sonstige Appellationen des übrigens überall gleichen abgekürzten Verfahrens gedacht hat. Im Gegentheil läßt sich nachweisen, wenn man überhaupt annimmt, daß er bei dem §. 1207 an etwas dachte, daß er nicht an die Appellationen gegen Incidentpunkte, wenigstens nicht zuerst und hauptsächlich gedacht hat. In dem §. 1207 ist nämlich gewiß bei dem Zusammentreffen mehrerer Appellationen in derselben Sache auch von der Appellation gegen das Endurtheil die Rede. Die ersten Appellationen des §. 1206 sind aber Appellationen gegen Urtheile, welche über den Hauptstreit nicht endlich entscheiden, diese können mit der Appellation gegen das Endurtheil, wovon im §. 1207 die Rede ist, gar nicht zusammentreffen, so daß sich also bei Weitem mehr annehmen läßt, daß der Gesetzgeber bei dem im §. 1207 bemerkten Zusammentreffen von Appellationen verschiedener Art in der nämlichen Sache an die Appellationen des abgekürzten Verfahrens wegen einer unter 100 fl. bleibenden Beschwerdesumme, denn an die Appellationen wegen Incidentpunkten dachte. Uebrigens scheint mir der Gesetzgeber bei der ganz allgemein gefaßten Vorschrift des §. 1207 gar nicht an die Verschiedenheit der Fälle, welche abgekürztes Verfahren begründen, sondern nur daran gedacht zu haben, ob bei dem Zusammentreffen einer Appellation des ordentlichen Verfahrens mit einer des abgekürzten Verfahrens eine die Natur der andern annehmen solle, oder nicht, und wenn er ganz allgemein vorschrieb, daß dieses nicht der Fall seyn, sondern die Vorschrift einer jeden beobachtet werden soll, so ist es ein ganz vergebliches Bemühen, nunmehr das Gesetz dahin zu interpretiren, der Gesetzgeber habe dabei nur an einen Fall des abgekürzten Verfahrens gedacht, und alle andere seien ihm nicht vorgeschwebt, weshalb man denn auch die doch ganz allgemein lautende Vorschrift nur auf den ersten Fall des abgekürzten Verfahrens bei Incidentstreiten anzuwenden habe. Mit solchen Interpretationen des Gesetzes kommt man freilich zu Ergebnissen, von denen man sagen kann, der Gesetzgeber habe nicht daran gedacht.

Wenn übrigens behauptet werden will, daß nur die mit einer Appellation des ordentlichen Verfahrens zusammentreffende Appellation über einen Incidentpunkt, also wegen der Art ihres Gegenstands im abgekürzten Verfahren behandelt werden muß, so giebt es nach §. 673 noch andere Fälle des abgekürzten Verfahrens, welche ebenfalls nicht von der Größe der geltend gemachten Forderung, sondern von der Art derselben abhängen, und wenn nun, nachdem man die Klagenhäufung ohnedieß zulassen will, eine gewöhnliche Forderungsklage mit einer Alimentenklage gehäuft wird, und über beide eine Appellation zusammentrifft, so muß man eben auch annehmen, daß die Alimentenforderung im ordentlichen Appellationsverfahren zu behandeln ist, denn es ist nirgends ein Unterschied einzusehen, welchen das Gesetz zwischen den sechs Fällen des §. 673 gemacht hätte. Auch Liquidationsklagen sind daher im Zusammentreffen mit gewöhnlichen Forderungen gehäuft einzuklagen, und in Zusammenrechnung ihrer Summen im ordentlichen Prozeß zu verhandeln, was um so weniger beanstandet werden kann, als ja nach der Meinung meines Herrn Gegners das abgekürzte Verfahren die Ausnahme ist, und man also im Geist des Gesetzes bleibt, wenn man auf die Regel hin interpretirt.

Man macht sich viel mit der ratio legis des §. 673 Nr. 2 zu thun und behauptet, es müsse die Natur der Prozedur durch Zusammenrechnung der Summe aller kumulirten Klagen bestimmt werden, weil die ratio legis dahin gehe, daß nicht für unbedeutende Sachen viel Kosten und Zeit aufgewendet werde. Man kann dieses zugeben, allein begierig wäre ich, den Beweis zu erhalten, wie gegenüber des abgekürzten Verfahrens für eine mit einem besondern Klaggrund versehene Forderung von 6 fl. viele Kosten und Zeit erspart werden, wenn man sie im ordentlichen Verfahren behandelt, darüber längere Fristen giebt, Beweiserkenntniß erläßt, und sie gleich breit schlägt, als wie eine Forderung von 10,000 fl. Wenn man auch auf der Zulässigkeit der Häufung mit der letzten Forderung bestehen will, so wird man doch nicht sagen können, daß nunmehr für die Forderung von 6 fl. Zeit und Kosten erspart werden, wenn man sie gleichfalls im ordentlichen Verfahren behandelt. Man kann sagen bei der Zulassung der Häufung, und bei der daraus folgenden Vereinigung beider Prozesse zu einem Verfahren werden Kosten erspart, aber die Veränderung der Art der Procedur vom abgekürzten Verfahren zu dem ordentlichen wird keine Ersparniß begründen. Uebrigens ist Zeit- und Kostenersparniß

Digitized by Google

nicht das oberste Princip einer Prozeßordnung, sondern Zweckmäßigkeit und Ordnung des Verfahrens sind auch obere Prinzipien einer guten Prozeßordnung, und wenn man zugiebt, daß zweierlei Verfahren in einer Sache störend für Ordnung des Rechtsgangs ist, so wird man die Kostenersparnisse wohl zur Seite setzen dürfen, da ohnedies ein unordentliches Verfahren am Ende mehr kostet, als zwei ordnungsmäßige.

Die Behauptung, daß nichts anderes, als nur die Summe die Frage des Verfahrens entscheidet, ist aber so lange unrichtig, als man anzunehmen berechtigt ist, daß z. B. eine Alimentenklage unter 100 fl. ebensogut im abgekürzten Verfahren zu behandeln ist, als die Alimentenklage über 1000 fl., und daß der Arrestprozeß, der einen Gegenstand von 10,000 fl. hat, eben auch in seinem abgekürzten Verfahren gerade so zu behandeln ist, als wie wenn er einen Gegenstand von 80 fl. hätte.

Eben so unrichtig ist aber auch die Behauptung, daß im §. 673 Nr. 2 unter dem Streitgegenstand die Summe des ganzen Streits, also unter Hinzuschlagung des Werths aller andern in der Klage gehäuften Foederungen, die Summe des Werths aller Ansprüche der Klage verstanden werden müsse. So lange der §. 231 besteht, müssen die auf verschiedenen Gründen beruhenden verschiedenen Ansprüche als verschiedene Klagen angesehen werden, und wenn nun der §. 673 Nr. 2 von Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten spricht, deren Gegenstand den Werth von 100 fl. nicht übersteigt, so wird man anzunehmen berechtigt seyn, daß ein aus einem Kauf abgeleitetes Anspruch von 60 fl. und ein aus einem Darlehen abgeleiteter Anspruch von 20 fl., zweierlei Gründe und Gegenstände hat, und also nicht eine Streitigkeit ist, sondern zwei Streitigkeiten umfaßt, welche aber in einer Klage gehäuft werden. Sie werden aber dadurch nicht zu einem Anspruch, und einem Gegenstand vereinigt. Bei Weitem die meisten Rechtsstreite haben einen Geldwerth zum unmittelbaren Gegenstand, so daß es also nach der gegenseitigen Behauptung nicht auf die Art und Weise des Anspruchs, sondern ganz allein auf den Werth ankommt, und so wie er 100 fl. übersteigt, so muß ordentliches Verfahren eintreten, denn dieses ist ja die Regel.

Auf diese Weise kommt die gegentheilige Meinung auch dahin, daß in dem Fall, wo zwei oder mehrere für sich unter 100 fl. bleibende Ansprüche in einer Klage gehäuft werden, dann ordentliches Verfahren eintreten müsse, wenn die Summe aller Ansprüche 100 fl. übersteigt, was doch offenbar gegen alles Gesetz geht, und wofür die ratio legis der Zeit- und Kostenersparnisse gewiß nicht spricht, weil auch nach anderer Entscheidung der Frage die zu dem abgekürzten Verfahren sich gleichmäßig eignenden Klagen in diesem einem Verfahren behandelt werden, welches gegenüber dem eintreten sollenden einem ordentlichen Verfahren wohl nicht zeit- und kostspielig ist.

Giebt man aber zu, daß in diesem Fall das abgekürzte Verfahren bleibt, so muß man die gegentheilige Meinung dahin beschränken, daß eine zum abgekürzten Verfahren sich eignende Klage dann in das ordentliche Verfahren übergeht, wenn sie mit einem andern zum ordentlichen Verfahren sich eignenden Anspruch in einer Klage gehäuft wird. Eine Behauptung, wozu ich wenigstens vergeblich einen gesetzlichen Grund aufgesucht habe.

Wenn sich endlich zur Unterstützung der gegenseitigen Ansicht auf die untergerichtliche Praxis, als Beweis, wie der gesunde Sinn die Frage entscheide, berufen wird, so will ich es einem Jeden selbst überlassen, ob es wahr ist, daß man sagen kann, daß die untergerichtliche Praxis überall auf den gesunden Sinn gebaut sei.

Sandee.

III.

Auslegung der Art. 1184, 1153 und 1657.

(Ladenburg gegen Piontkarsky.)

Der Einsender des ersten Aufsatzes in Nr. 16 der Annalen leitet seine Ausführung über den ad II. erzählten Rechtsfall mit den Worten ein:

> „Unrichtige Ansichten von der Entschädigungspflicht ꝛc. veranlassen sehr häufig ganz unpassende und verwerfliche Klaganträge."

Dieß geschah namentlich in dem oben erwähnten Prozesse. Es ist hier nicht undeutlich zu verstehen gegeben, daß der in dem genannten Prozesse von mir gestellte Klagantrag ganz unpassend und verwerflich gewesen sei. Einen solchen Vorwurf in einem der wissenschaftlichen Besprechung gewidmeten Blatte hatte ich von dem Einsender um so weniger erwartet, als er Anwalt des Beklagten war, und sich daher selbst gestehen muß, daß seine Ansicht in dieser Sache nicht als unbefangen erscheinen kann. Sollen aber die ergangenen Urtheile zur Rechtfertigung jener epithela dienen, so dürfte sich mit Recht dagegen einwenden lassen, daß die Gerichte wohl den concreten Fall, keineswegs aber die thesis endgültig entscheiden können. Welcher Anwalt wollte auch aus einem abweisenden Erkenntniß sich die Folgerung gefallen lassen, daß sein Antrag gänzlich unpassend und verwerflich gewesen sei? Keiner, am allerwenigsten der Einsendee des Aufsatzes in Nr. 16 dieser Blätter.

Will aber irgend Jemand eine solche Folgerung billigen, so darf ich anzuführen nicht unterlassen, daß der Richter erster Instanz die Klage für vollständig begründet erkannt,

Digitized by Google

und die jenseitige Rechtsansicht ausführlich widerlegt hat. Sowohl zu meiner Rechtfertigung, als auch der Wichtigkeit der in Frage stehenden Prinzipien wegen dürfte es mir gestattet seyn, die der jenseitigen Theorie und den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen entgegen stehende Ansicht hier zu vertheidigen. Bleiben wir bei den in Nr. 16 angegebenen faktischen Verhältnissen stehen, so wird es wohl unzweifelhaft seyn, daß der Verkäufer, weil der Käufer die Annahme und Zahlung des Kaufobjekts verweigerte, auf Auflösung des Kaufs und Entschädigung anteagen dürfte. Art. 1184 Kommt er aber als Entschädigung die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Erlös aus dem Kaufobjekt begehren? Allerdings. Der Käufer, der den Kaufpreis zu zahlen verweigert, setzt den Verkäufer in die Lage, daß er statt des Kaufpreises, das Kaufobjekt in Händen hat. Ist dieses weniger werth, als der Kaufpreis, so ist der Verkäufer durch die Nichterfüllung des Käufers beschädigt, und zwar ist der Schaden so groß, als der Minderwerth des Kaufobjekts in Vergleichung mit dem Kaufpreis beträgt.

Sind diese Voraussetzungen richtig, so ergiebt sich daraus mittelst Anwendung der Art. 1149, 1150 und 1151 der Schluß, daß der Käufer schuldig ist, diesen Minderwerth dem Verkäufer zu ersetzen.

Dieser Klagbegründung wird aber in Nr. 16 entgegengehalten:

1) Der Minderwerth des Kaufobjekts sei keine natürliche Folge der mora des Käufers, rühre vielmehr vom Zufall (nämlich von dem Sinken der Preise) her. Ich bin weit entfernt, diese Behauptung zu bestreiten. Nur glaube ich nicht, daß sie auf die Entscheidung unserer Frage influirt. Denn der Verkäufer wird nach abgeschlossenem Kauf durch den Minderwerth des Kaufobjekts eben so wenig, wie durch dessen Mehrwerth berührt, insofern nur der Käufer, seiner Verbindlichkeit gemäß, das Kaufobjekt in Empfang nimmt und den Kaufpreis bezahlt. Erst dann kann der Werth des Kaufobjekts für den Verkäufer von Nachtheil seyn, wenn der Käufer sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeit weigert. Es ist daher diese Weigerung die eigentlich beschädigende Handlung, welche nach Art. 1142 die Pflicht zur Entschädigung erzeugt.

2) Es wird ferner behauptet, nach Art. 1153 können, weil hier die nicht erfüllte Verbindlichkeit eine bestimmte Summe Geldes zum Gegenstand hatte, als Entschädigung nur die Zinsen dieser Geldsumme (des Kaufpreises) in Anspruch genommen werden. Da dieses Argument in die Entscheidungsgründe des Großherzoglichen Oberhofgerichts übergangen ist, so verdient es unter Berücksichtigung der zu seiner Unterstützung angeführten Gründe eine nähere Beleuchtung.

Es wird nämlich dort ganz richtig bemerkt, „der Gesetzgeber habe durch Bestimmung eines gesetzlichen Zinsfußes den Werth des Genusses eines Kapitals ein für allemal festgestellt; es sei daher nicht unbillig, daß zur Abschneidung weitläufiger Prozesse diese Werthbestimmung auch bei Entschädigungsforderungen gelte; der säumige Schuldner habe demnach als Entschädigung die Zinsen des schuldigen Kapitals bis zum Tag der Abtragung der Hauptsumme zu bezahlen“ Kann aber diese gesetzliche Vorschrift ihre Anwendung auf den Fall finden, wenn wegen Nichterfüllung auf den Grund des Art. 1184 Auflösung und Entschädigung begehrt wird? In diesem Fall kömmt der Tag der Zahlung der Hauptsumme nie; der Schuldner müßte daher die Zinsen ewig bezahlen. Umgekehrt aber müßte man sagen, daß die Verbindlichkeit zur Zinszahlung, als ein Accessorium, durch die vom Gericht erkannte Auflösung, wodurch die Hauptverbindlichkeit aufgehoben wird, ebenfalls aufhört. Demnach würde die Entschädigung nur in den Zinsen vom Tag der Klage (oder der Mahnung) bis zum Tag des Urthrils bestehen. Aber sogar diese Zinsen könnten streitig gemacht werden. Das Urthril, welches die Auflösung ausspricht, wirkt nämlich, wie jede auflösende Bedingung (siehe Art. 1183 und 84) bis auf den Tag des Vertragsabschlusses zurück. Es können daher gar keine Zinsen gefordert werden, mit andern Worten: die Entschädigung zerfällt in Nichts. Will man dem Gesetz eine solche Bestimmung unterstellen? drückt sich dann das Gesetz nicht deutlich genug dadurch aus, daß es von der Entschädigung wegen verzögerter Erfüllung spricht? Kann damit der Fall der Nichterfüllung verwechselt werden? Und ist es möglich, dem Gesetzgeber die Ansicht zu unterstellen, als mache er Jemanden verbindlich, Zinsen aus einem Kapital, welches wegen der erfolgenden Auflösung nicht mehr gefordert werden kann, zu zahlen?

3) Ein weiterer Einwand gegen die rechtlicher Begründung der Klage wird daher entnommen, daß der Kläger bei Anstellung einer Erfüllungsklage den ganzen Kaufpreis hätte erhalten können, mithin erst dadurch in Schaden gekommen sei, daß er statt dieser die Entschädigungklage angestellt habe.

So scharfsinnig dieses Argument auch ausgedacht ist, so dürfte es einer nähern Prüfung nicht Stich halten. Man wird nämlich zugeben müssen, daß die Beschädigung des Verkäufers in dem Augenblick vorhanden ist, wo der Käufer die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verweigert. Denn in diesem Augenblick hat der Verkäufer so viel weniger im Vermögen, als der Minderwerth zwischen dem Kaufpreis und dem Tagespreis des Kaufobjekts beträgt. Diese Vermögensverminderung ist gewiß nur eine natürliche, unmittelbare Folge der Handlung des Käufers, der eben darum zum Ersatz dieses Schadens verbunden ist. Art. 1142 und 1151. Für den Käufer existiren nunmehr zwei Verbindlichkeiten, nämlich die Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises, welche aus dem Vertrag entstanden ist, und die Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche aus einer unerlaubten Handlung (aus der Verweigerung der Vertragserfüllung) entstanden ist.

Das Gesetz hat dem andern Theil das Recht gegeben, die Erfüllung der einen oder der andren Verbindlichkeit zu begehren. Art. 1184. Die Ausübung dieses Wahlrechts ändert durchaus nichts an dem Stande der Verbindlichkeiten, wie sie im Augenblick der Wahl existiren, und ist es auch wahr, daß, wenn die Erfüllungsklage gewählt worden wäre, der Schaden dadurch hätte abgewendet werden können, so kann man doch nicht behaupten, daß dadurch der Schaden erst herbeigeführt worden sei. Und hierin liegt vielleicht der ganze Irrthum der jenseitigen Ansicht, daß man den Entstehungsgrund des Schadens (die Verweigerung der Erfüllung) mit dem Unterlassen der

Digitized by Google

Ergreifung eines Mittels zur Abwendung des Schadens verwechselt. Jenseits wird behauptet, der Verkäufer wäre nicht in Schaden gekommen, wenn er die Erfüllungsklage angestellt hätte, während man diesen Satz darauf beschränken müßte, daß der Verkäufer auf diese Art den Schaden hätte abwenden können. Zu dieser Abwendung ist er aber nicht verpflichtet, er darf auch einen andern Weg — die Entschädigungsklage — wählen.

4) Es wird ferner behauptet, eine Entschädigungsklage finde da nicht Statt, wo der Verkäufer von dem Rechte des Art. 1657 Gebrauch gemacht habe. Auch dafür ist kein erheblicher Grund angeführet. Der Art. 1184 setzt die Auflösung allgemein als Folge der Nichterfüllung, bestimmt aber, daß diese Auflösung durch die Gerichte ausgesprochen werden soll. Hieran ändert Art. 1657 nur so viel, daß der Verkäufer von Fahrnissen eines Urtheils der Gerichte nicht bedürfe, indem der Vertrag kraft Gesetzes aufgelöst seyn solle. Welchem Einfluß kann diese Bestimmung auf die Entschädigungspflicht haben? Diese Pflicht ist Folge der Nichterfüllung Art. 1142. Sie soll neben der Auflösung gefordert werden können, Art. 1184, ohne daß das Gesetz zwischen der durch den Richter ausgesprochenen oder ipso jure eintretenden Auflösung unterscheidet.

Man wird wohl ziemlich allgemein einsehen, von welchen nachtheiligen Folgen die von dem Großherzoglichen Oberhofgericht in dem erwähnten Rechtsfall adoptirten Prinzipien für alle Entschädigungsforderungen seyn müssen, und es wäre daher wünschenswerth, wenn sich recht viele Stimmen darüber aussprächen. Da übrigens der erwähnte Rechtsfall auch andere sehr interessante Fragen darbietet, so werde ich mir erlauben, in diesen Blättern darauf zurückzukommen.

Dr. Ladenburg.

IV.

Die Passivlegitimation in Rechtsstreiten über persönliche Herrenfrohnden.

v. Greler gegen Daisbach.

Als die Grundherrschaft v. Göler die Ablösungsberechnung für die Hand- und Spannfrohnden, wozu ihr die Einwohner von Daisbach angeblich verpflichtet waren, bei der Administrativbehörde einreichte, ergaben sich hinsichtlich des Umfangs der Berechtigung und der Größe der Gegenleistung mehrfache Anstände, deren Austrag, dem §. 16 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831 gemäß, auf den Rechtsweg verwiesen wurde. Die Frohndherrschaft erhob sofort unterm 5. Mai 1836 förmliche Klage gegen die Gemeinde Daisbach. Allein der Unterrichter, welcher der Ansicht huldigte, daß nicht die Gemeinde, sondern nur die einzelnen Pflichtigen belangt werden können, erließ am 11. ejusd. den Bescheid: daß die Klage nicht Statt finde ꝛc. Die Klägerin stellte hierauf, der amtlichen Ansicht folgend, im Februar 1838 zwei gesonderte Klagen gegen die Hand- und Spannfröhnee an. Mittlerweile war aber in der Person des Civilrespicienten ein Wechsel vor sich gegangen. Es wurde nun unterm 16. März 1838 auf jede der neuen Klagen die Ladung in der oben gedachten Art abermals abgeschlagen, weil der gegenwärtige Respicient die Ansicht hegte, daß nur die Gemeinde und nicht die Einzelnen belangt werden können. Jetzt ergriff der Frohndherr die Berufung und bat, die Ladung oberrichterlich für zulässig zu erklären. Diesem Begehren wurde durch hofgerichtliche Verfügung vom 13. Oktober v. J. auch willfahrt.

Entscheidungsgründe.

In der Regel ist der Verpflichtete immer auch zugleich der rechte Beklagte, wo nicht ausnahmsweise ein Anderes verordnet ist. Wenn nun die Gesetze bestimmt haben, daß in gewissen Fällen die Gemeinde, als Inbegriff sämmtlicher Frohndpflichtigen belangt werden kann, so ist damit das Recht für den Frohndherrn, wenn er will, auch den Einzelnen statt der Gesammtheit zu belangen, nicht aufgehoben; *) denn eine solche Vorschrift liegt weder in den Allegaten, wodurch der Unterrichter seine Entscheidung zu rechtfertigen sucht, noch besteht irgend ein anderes Gesetz, wodurch dem Frohndherrn das Klagrecht gegen den Frohndpflichtigen entzogen worden wäre; deswegen erscheint die unterrichterliche Verfügung, daß die erhobene Klage nicht Statt finde, nicht als zu Recht beständig und mußte nach Ansicht des §. 1238 der Prozeßordnung, wie geschehen, erkannt werden.

Bayer.

V.

Gehört ein Streit über den Mitgebrauch des Gemeinde-Eigenthums auf den bürgerlichen Rechtsweg?

Von Seiten der politischen und evangelischen Gemeinde zu Geroldsholzheim wollte man der katholischen Gemeinde

*) Es kommt darauf an, auf was die Klage gerichtet war. Hätte sie nur einzelne Leistungen betroffen, so wären die Einzelnen als die zur geforderten Leistung Verpflichteten zu belangen gewesen. Wo es sich aber bei den persönlichen Herrenfrohnden, die nicht wie die Walzenden auf dem Besitze bestimmter Güter, sondern auf der Ortsangehörigkeit im Allgemeinen ruhen, nicht um eine einzelne Leistung, sondern um das Recht an sich handelt, so sind nicht die Einzelnen als solche, sondern nur als Glieder der Gesammtheit die Verpflichteten. Die Last ruht auf der Gesammtheit und nicht auf dem Einzelnen als solchen, nur als Glieder der Gesammtheit haben die Einzelnen die Leistungen zu vollziehen, es sind dies für sie keine Privatverbindlichkeiten, sie sind davon frei, sobald sie aus der Gemeinde wegziehen, und eben so gehen jene Verbindlichkeiten nicht auf ihre Erben über, wenn diese nicht selbst wieder Mitglieder der Gemeinde sind. Nur die Gesammtheit ist daher, sofern es sich um das Frohndrecht an sich handelt, die Verpflichtete, und die Einzelnen als solche können zum Nachtheil der künftigen Ortseinwohner oder Gemeindeglieder die Last nicht anerkennen, ein solches Anerkenntniß wäre nur wirksam, wenn es von der Gesammtheit der Letztern, d. h. von der Gemeinde (§ 53 der Gemeinde-Ordnung) in ihrer verfassungsmäßigen Form ausgegangen wäre. Aus demselben Grunde wäre auch ein gegen Einzelne ergangenes Urtheil für die Gesammtheit nicht bindend, und zwar selbst dann nicht, wenn es gegen alle zufällig vorhandenen Einzelnen, aber nicht gegen die Gesammtheit in ihrer verfassungsmäßigen Form, d. h. gegen die Gemeinde, ergangen wäre.

D. R.

Digitized by Google

daselbst die Aufnahme ihrer Schule und ihres Schullehrers in das Rathshaus nicht gestatten und ließ es hierüber zur gerichtlichen Klage kommen. Nachdem das Untergericht den Anspruch der beklagten katholischen Gemeinde wegen mißglückten Beweises für ungegründet erklärt hatte, wurde auf die von derselben eingewandte Appellation unterm 4. Febr. 1837 von dem Großh Hofgerichte abändernd zu Recht erkannt: daß der klagende Theil (die politische Gemeinde), unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

In. E. Daß jede Klage einen thatsächlichen Grund, aus welchem eine Rechtsverletzung für den klagenden Theil erhellt, voraussetzt, aus der von der klagenden politischen und evangelischen Gemeinde gegen die beklagte katholische Kirchengemeinde Groseicholzheim erhobenen Klage, aber eine zur Zeit bestehende Rechtsverletzung der ersteren nicht ersichtlich ist, indem nur von Ansprüchen gesprochen wird, welche die letztere wegen Aufnahme ihrer Schule und ihres Schullehrers in das Rathhaus zu Groseicholzheim der klagenden Gemeinde gegenüber mache, bloße Ansprüche oder Anforderungen, aber noch keine Rechtsverletzung begründen können, da derjenige, gegen welchen sie außergerichtlich erhoben worden, die Wahl hat, ob er ihnen Genüge leisten will oder nicht.

In. E. Daß zwar das Berühmen bestimmter Ansprüche nach §. 763 der Prozeßordnung eine Aufforderungsklage begründen kann, eine solche aber im vorliegenden Falle nicht erhoben wurde, da vielmehr der gegenwärtigen Klage eine Aufforderungsklage vorausging, mit welcher die Provocanten abgewiesen wurden.

In. E. Daß überdieß die klagenden Gemeindebürger, in so fern sie für die politische Gemeinde auftreten, nicht gehörig zum Prozesse legitimirt erscheinen, indem kein Gemeindebeschluß vorliegt, in welchem die Führung dieses Rechtsstreites für die Gemeinde verweigert wird.

In. E. Daß es hiernach auf die Prüfung der Frage nicht ankommen kann, ob die angeblichen Ansprüche des beklagten Theils begründet sind oder nicht, und ob die Entscheidung hierüber den bürgerlichen Gerichten zustehe?

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Dagegen hat das Großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 22. Januar 1838 — unter Aufhebung der Erkenntnisse der vordern Instanzen und unter Verfällung der Klägerin in die Kosten aller drei Instanzen, zu Recht erkannt: „daß die Klage vor den Gerichten nicht Statt finde.“

Entscheidungsgründe.

In Betracht, daß der Anspruch der Beklagten auf den Mitgebrauch des Rathhauses, behufs ihrer Schule und Schullehrerwohnung, aus der im Jahr 1701 geschehenen Kirchentheilung, somit aus einer durch Administrativverfügung geschehenen Anordnung derivirt und nur die Fortdauer jener Anordnung in Frage gestellt worden, diese aber kein Gegenstand richterlicher Entscheidung ist.

In Erwägung, daß es sich in vorliegender Sache überhaupt um die Ausdehnung oder Art des Mitgenusses an einem zum Gemeindsvermögen gehörigen Eigenthum handelt, worüber nur den Administrativbehörden die Entscheidung gebührte.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc. Bayer.

VI.

Oberhofgerichtliche Entscheidung.

Als Interpretation des §. 1244, Nr. 6 der Prozeßordnung.

Ackermann gegen Becker.

Nach rechtskräftig entschiedener Hauptsache hatte der Unterrichter auf ein von der fordernden Partei eingereichtes Verzeichniß, ohne Vernehmung des Gegentheils, den zu ersetzenden Kostenbetrag bestimmt. Das hiergegen eingewandte Rechtsmittel der Beschwerdeführung wurde von dem Hofgericht für zulässig erachtet und zu Gunsten des Querulanten erledigt. Auf die von dem Gegner ergriffene Oberappellation erging sodann unterm 13. Febr. l. J. ein abänderndes Urtheil, wodurch das hofgerichtliche Erkenntniß aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt worden ist.

Entscheidungsgründe.

Der §. 1244, Nr. 6 der Prozeßordnung, welcher das Rechtsmittel der Beschwerdeführung wegen der richterlichen Kostenbestimmungen ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zuläßt, bezieht sich weder auf die Entscheidung der zwischen den Parteien streitigen Frage über die Zahlung der Prozeßkosten im Allgemeinen, noch nach Entscheidung dieser Frage auf die Ausmittelung des Betrags der Kosten, welche nach §. 175 der Prozeßordnung die unterliegende Partei der obsiegenden zu ersetzen hat, sondern nur auf diejenigen Bestimmungen, welche der Richter einer Partei oder deren Vertreter gegenüber, nicht aber auf Antrag der Gegenpartei oder kontradictorische Verhandlungen erläßt, wie sich dies aus der Vergleichung der übrigen im §. 1244, sub Nr. 1 — 5 der Prozeßordnung aufgeführten Fälle, in welchen ebenfalls das Rechtsmittel der Beschwerdeführung zulässig ist und auch daraus ergibt, daß bei allen Liquidationsverhandlungen, und namentlich bei der Liquidation der Prozeßkosten, das abgekürzte Verfahren und nur das Rechtsmittel der Appellation alsdann Statt findet, wenn sich die Sache hiezu eignet ꝛc. ꝛc. *)

Hieran reiht sich der Nachweis, daß ein förmliches Erkenntniß über die Schuldigkeit des Appellaten zur Zahlung der eingeklagten Kosten vorliege, und daß demnach das Rechtsmittel der Beschwerdeführung als unzulässig erscheine. Weil aber durch die Zulassung dieses Rechtsmittels von Seiten des Hofgerichts die Vorschriften des Verfahrens verletzt worden seien, so habe nach §. 1175, Nr. 3 in Verbindung mit §. 1177 der Prozeßordnung, so wie geschehen, erkannt werden müssen.

Bayer.

*) Man sehe die Aufsätze über diese Frage im Blatte Nr. 14 dieses Jahrgangs. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe den 27. Juli 1839.

I.

Ueber die Wirkungen der Streitgenossenschaft.

Unsere neue Prozeßordnung zeichnet die wichtige Lehre von den Wirkungen der Streitgenossenschaft mit wenigen kecken Strichen, in den §§. 95—99, und überläßt der Praxis die Ausführung dieser Skizze.

Dennoch bietet diese Lehre in der Anwendung ihre großen Schwierigkeiten, und eine weitere Entwickelung der im Gesetz aufgestellten Axiome wäre zu wünschen. Seit die Annalen dem juristischen Meinungskriege ihre unblutige Wahlstatt geöffnet haben, ist gleichwohl erst ein Aufsatz über diesen Gegenstand (Jahrgang 1833 Nr. 23 S. 143) erschienen. Der Verfasser jenes Aufsatzes findet die Bestimmung, daß die Streitgenossenschaft als Gesellschaftsverhältniß betrachtet werden solle, mit der weitern Bestimmung, daß Streitgenossen nur als Einzelne in Betracht kommen, (§§. 95. 96) unverträglich, weil die landrechtlichen Vorschriften über Gesellschaften (namentlich die Sätze 1850. 1856. 1859 Nr. 1. 1865. 1840 u. f. f.) hier gar nicht paßten, und folglich nicht angewendet werden könnten. Jedoch zeigt er der Praxis nicht den Weg, welchen sie einzuschlagen hat, sondern verdammt dies Werk der Gesetzgebung mit einem achselzuckenden „c'est fort.“

Indessen ist ein Lustrum verstrichen, ohne daß dieser Gegenstand weiter behandelt wurde, ohne daß nur eine einzige Stimme in dieser wichtigen Lehre zur Vertheidigung unserer Prozeßordnung das Wort ergriffen hätte. Ich erlaube mir daher, in diesem Aufsatze eine kurze Entwickelung dieser Lehre, und eine Rechtfertigung der Prozeßgesetzgebung zu versuchen.

Die §§. 95 und 96 der Pr.O. sprechen die beiden obersten Grundsätze in dieser Lehre aus:

Der letztere Paragraph verordnet nämlich: **Streitgenossen bleiben ihrem Prozeßgegner gegenüber immer nur Einzelne.**

Der §. 95 dagegen enthält die Bestimmung: **Streitgenossen bilden unter einander in Bezug auf die Prozeßführung eine Gesellschaft.**

Aus der Nebeneinanderstellung dieser beiden obersten Sätze ergiebt sich sogleich der rechte Gesichtspunkt, unter welchem die Streitgenossenschaft betrachtet werden muß. Nicht das Objekt des Rechtsstreites, welches von den Streitgenossen oder gegen die Streitgenossen geltend gemacht wird, bildet den Gegenstand der Gesellschaft, in welcher dieselben stehen, **sondern nur allein die Prozeßführung ist der Gegenstand dieses Gesellschaftsverhältnisses.**

Hiernach widersprechen sich also die §§. 95 und 96 der Pr.O. gar nicht. Untereinander bilden die Streitgenossen eine Gesellschaft, deren Gegenstand die Führung des Rechtsstreites ist, aber dem Gegner gegenüber steht jeder als Einzelner da.

Die Bestimmung, daß die einzelnen Streitgenossen auch in ihrer Verbindung (dem Prozeßgegner gegenüber) immer nur als Einzelne in Betracht kommen, so daß (bei theilbaren Streitgegenständen) jeder nur als für seinen Antheil klagend oder belangt erscheint, ist in der Natur der Sache begründet. Das streitige Recht steht den einzelnen Streitgenossen pro rata entweder zu einem bestimmten oder zu einem idealen Theile zu, sie sind in soweit Eigenthümer dieses Rechts (dieser Sache im weitern Sinne). Eben in diesem Eigenthumsrecht der einzelnen Streitgenossen an einem Theile des Streitobjekts liegt auch deren Befugniß, über den Bestand und das Wesen dieser Sache nach Belieben zu schalten und walten (L.R.S. 544). Dies als wahr angenommen, wie sollte eine Gesetzgebung, die auch um des öffentlichen Nutzens willen nur gegen volle Entschädigung in Eigenthumsrechte eingreift, (L.R.S. 545) sich einfallen lassen, blos um eine Reihe von Prozessen über dasselbe Thema in einen einzigen Hauptprozeß umzuschmelzen, von diesen Grundsätzen abzugehn, und dem Einzelnen die freie Verfügung über sein Eigenthum ohne Entschädigung zu entziehen?

Wenn aber hiermit nachgewiesen ist, daß jeder Streitgenosse, seiner Genossenschaft mit andern ungeachtet, frei über seinen Antheil verfügen kann, so bedarf die nähere Entwicke-

Digitized by Google

lung dieſes Grundſatzes nur einer kurzen Ausführung. Jeder einzelne Streitgenoſſe handelt alſo ſo unabhängig und frei in Bezug auf die Vertheidigung ſeines Rechts, als wenn er allein ſtünde. Es kann den Streitgenoſſen nicht zugemuthet werden, in ihren Erklärungen gleichförmig zu ſeyn. Wenn A B und C als Streitgenoſſen belangt ſind, kann A den Klagvortrag vollſtändig einräumen, B vollſtändig widerſprechen und C nur theilweiſe anerkennen. Nicht minder kann A die Einrede der Zahlung vorbringen, B von allen Einreden abſtehn, und C die Einrede der Verjährung vorſchützen. Desgleichen, ſind ſie nicht an den Gebrauch derſelben Beweismittel gebunden, und wenn ihnen umgekehrt z. B. ein Eid zugeſchoben wird, kann A denſelben annehmen, B ihn zurückſchieben, während C ſein Gewiſſen mit Beweis vertritt. Es folgt hieraus von ſelbſt, daß Beweiserkenntniß und Endurtheil nicht für alle gleich zu ſeyn braucht. So kann z. B. A unbedingt verlieren, B unbedingt gewinnen, während C nur theilweiſe obſiegt. Alle dieſe Folgerungen fließen deutlich aus den Beſtimmungen des §. 96 der Pr.O., welcher Paragraph den allgemein ausgeſprochenen Grundſatz noch dahin erläutert: „daß das Vorrecht oder eigenthümliche Angriffs- oder Vertheidigungsmittel des Einzelnen den Andern eben ſo wenig nützt, als der Verzicht des Einen den Andern ſchadet.“

Es möchte ſich freilich bei Betrachtung dieſer Folgerungen die Frage aufwerfen, was denn eigentlich der Vortheil einer Streitgenoſſenſchaft ſei? Es iſt nicht zu läugnen, daß bei ſehr divergirenden Erklärungen der Conſorten die Verhandlung in einem einzigen Fascikel oft ſehr verwirrend und ſchwierig erſcheinen mag. Aber in den meiſten Fällen wird dies nicht Statt finden. Allen Streitgenoſſen ſchwebt daſſelbe Ziel vor, meiſt haben alle nur dieſelben Angriffs- und Vertheidigungsmittel, daher wird auch meiſtens ein gleiches Syſtem der Prozeßführung zwiſchen denſelben zu erreichen ſeyn, ihre Erklärungen werden gleichförmig abgegeben werden, und dann iſt für den Richter der Vortheil der Entſcheidung vieler Prozeſſe durch ein einziges Urtheil und ſomit für die Parthien der Vortheil einer großen Koſtenverringerung verbunden.

Gerade dieſer Geſichtspunkt war es auch, welcher den Geſetzgeber veranlaßte, dem Kläger das Recht einzuräumen, mehrere Beklagte zur Eingehung einer Streitgenoſſenſchaft zu nöthigen. (§. 94 der Pr.O.)

Bei dieſen geſetzlichen Beſtimmungen wird aber der Fall häufig eintreten, daß mehrere Perſonen in einem Rechtsſtreite als Streitgenoſſen auftreten, und es mußte daher auch beſtimmt werden, in welchem Verhältniſſe dieſe Conſorten zu einander ſtehn. Hier gab die Analogie des geſellſchaftlichen Verhältniſſes dem Geſetzgeber einen bequemen Weg an die Hand. Der §. 95 der Pr.O. ſchreibt dies vor, und Weiler bezeugt in ſeinen Motiven zu dieſem Artikel, daß hier nur ein Satz ausgeſprochen werden ſollte, den auch das gemeine Recht (wenigſtens die bewährteſten Rechtslehrer über dieſe Materie) ſchon längſt anerkannte. Freilich wird in der Anwendung für uns einige Verſchiedenheit eintreten, in ſo weit nämlich das franzöſiſche Recht in der Lehre von den Geſellſchaften vom römiſchen Recht abweicht, keineswegs wird aber mit dem Verfaſſer des Eingangs genannten Aufſatzes behauptet werden dürfen, daß die geſetzlichen Beſtimmungen übee Geſellſchaftsverträge keine genügende Analogie böten. Ich meine im Gegentheil, daß von dieſem Standpunkt aus die Analogie des geſellſchaftlichen Verhältniſſes ſo einleuchtend iſt, daß eine nähere Entwickelung füglich umgangen werden kann. Da nun aber der öfters genannte Aufſatz mehrere Beiſpiele anführt, wobei dieſe Analogie nicht Statt finden ſoll, ſo will ich dieſe näher beleuchten:

Der L.R.S. 1850 ſchreibt vor: Jeder Geſellſchafter muß der Geſellſchaft allen Schaden erſetzen, den er durch ſein Verſchulden ihr zuzieht, und kann davon den Gewinn nicht abrechnen, den ſein Fleiß ihr anderwärts verſchaffte. Dieſe Beſtimmung ſoll bei Steeitgenoſſen nicht zur Anwendung kommen können, weil dieſe nach §. 96 der Pr.O. nur als Einzelne in Betracht kommen. Ich habe bereits oben gezeigt, daß der §. 96 von der Verfügung übee das ſtreitige Recht eede, und auf das geſellſchaftliche Verhältniß unter den Streitgenoſſen keinen Einfluß habe. Die Prozeßführung iſt Gegenſtand der Geſellſchaft, und in Bezug auf dieſe kann eine Verſchuldung der einzelnen Genoſſen ſehr leicht vorkommen. Wenn ein Conſorte offenbare Thatſachen wegſtreitet, unbegründete Einreden oder Beweismittel leichtfertig vorſchützt, ſich ungehorſam präcludiren läßt, und dann den koſtbaren Weg des Reſtitutionsverfahrens beſchreiten muß, ſo werden die Koſten bedeutend vergrößert, der Prozeß ſehr verzögert, und aus beiden kann den übrigen Streitgenoſſen ein Schaden zugehn. Dieſes Verſchulden fällt dem Streitgenoſſen ſeinen Conſorten gegenüber eben nach der Vorſchrift des L.R.S. 1850 zur Laſt, und er kann ſich nicht deshalb von der Entſchädigungspflicht frei machen, weil er z. B. durch einen glücklichen Gedanken, den er an die Hand gab, der Geſellſchaft den Sieg im Prozeſſe verſchaffte.

Der L.R.S. 1856, wornach einem Geſellſchaftee durch ein beſonderes Geding des Geſellſchaftsvertrags die Geſchäftsbeſorgung übertragen werden kann, findet ebenfalls ganz leicht ſeine Anwendung, wenn die Conſorten ein ſolches Geding belieben. So können dieſelben z. B. nach §. 128 der Pr.O. dem rechtsgelehrten Streitgenoſſen die Führung des Prozeſſes übeetragen, und zwar unter allen Bedingungen, die ihm zu ſetzen ihnen gutdünkt.

Wenn L.R.S. 1859 Nr. 1. beſtimmt, daß Geſellſchafter, wenn im Vertrag nichts beſonders feſtgeſtellt iſt, gegen-

Digitized by Google

seitig Gewalt haben, für einander die Geschäfte zu besorgen, so kann dies unter Streitgenossen um so weniger bezweifelt werden, da §. 135 Nr. 3 der Pr.O. den Streitgenossen ausdrücklich für einen präsumirten Gewalthaber erklärt. Sobald die Gesellschafter durch Ernennung eines gemeinsamen Anwalts oder auf andere Weise zu erkennen geben, daß Keiner für den Andern handeln soll, so findet eben wegen dieses erklärten Willens der Partheien die Präsumtion des L.R.S. 1859 nicht weiter Anwendung.

Ebensowenig richtig ist es, daß die Gesellschaft der Streitgenossen nicht in den Fällen des L.R.S. 1865 sich auflöse. Die Fälle Nr. 1 und 2 sind klar, weil mit dem Ende des Prozesses die Gesellschaft aufhört. Der Fall Nr. 5, wornach jeder Gesellschafter aufkündigen kann, findet nach L.R.S. 1869 nur darum keine Anwendung, weil die Streitgenossenschaft keine Gesellschaft von unbestimmter Dauer ist. Endlich in den Fällen Nr. 4 und 5 ist es zwar richtig, daß der natürliche und der bürgerliche Tod so wie die Entmündigung eines Streitgenossen an sich die Gesellschaft nicht auflöse. Aber diese Bestimmungen können nach L.R.S. 1868 durch den Willen der Gesellschafter abgeändert werden. Dieser Wille der Streitgenossen ist nun vorhanden. Er liegt schon in der Natur der Sache, weshalb nach §. 141 und 140 Nr. 6 der Pr.O. vermuthet wird, eine Prozeßvollmacht beziehe sich auch auf die Erben des Vollmachtgebers. Wenn aber diese Klausel in der Natur der Sache liegt, der Billigkeit, dem Herkommen und den gesetzlichen Bestimmungen gemäß ist, so muß sie nach L.R.S. 1135 hier auch supponirt werden.

Ebensowenig bietet der L.R.S. 1840 eine Schwierigkeit, welcher verordnet, daß keine allgemeine Gesellschaft bestehen kann unter Personen, welche nicht fähig sind, wechselseitig sich Geschenke zu geben. Dieser Satz redet nämlich nur von allgemeinen Gesellschaften, und für eine solche wird man die Streitgenossenschaft doch gewiß nicht erklären wollen.

L.R.S. 1281 besagend, daß durch eine Rechtswandlung zwischen dem Gläubiger und einem der Sammtschuldner auch die Mitschuldner befreit werden, und L.R.S. 1284, wornach die Rechtsvermuthung, daß die Rückgabe der öffentlichen Schuldurkunde die Zahlung beweise, auch zu Gunsten der übrigen Sammtschuldner gelten soll, können ebenfalls an der aufgestellten Theorie nichts ändern, denn sie haben auf die Beurtheilung des litis consortium keinen Einfluß. Wenn die sammtschuldigen Streitgenossen A und B gemeinschaftlich die Rechtswandlung in der Person des A, oder die Rückgabe der Urkunde an B als Einrede vorschützen, so werden dadurch beide befreit. Wenn aber B die Rückgabe des Schuldscheins als besondere Einrede für sich vorschützt, so kann dies dem A nur dann für den anhängigen Prozeß nützen, wenn er sich ebenfalls excipiendo darauf bezieht, daß durch die Rückgabe der Urkunde an B auch er selbst befreit sei. So gut dies dann der Fall seyn müßte, wenn gegen A und B in abgesonderten Prozessen geklagt wäre, eben so gut muß es hier eintreten, wo diese beiden Klagen in eine einzige verbunden sind.

Ganz dasselbe ist der Fall, wenn von zwei sammtschuldigen Streitgenossen A die Forderung seiner Frau nach L.R.S. 1294 b wettschlägt, wo dies dem B zwar nützt, aber nur wenn er sich im Prozesse ebenfalls darauf bezieht.

Indem ich hiermit sämmtliche in dem genannten Aufsatze vorgebrachten Einwürfe beseitigt zu haben glaube, kann ich im Interesse der Zeitersparniß eine weitere Verfolgung der Analogien zwischen Gesellschaftsverträgen und Streitgenossenschaft unterlassen.

Es bleibt nunmehr noch übrig, einen Punkt in dieser Lehre zu beleuchten, in welchem mir die Gesetzgebung etwas mangelhaft erscheint. Die Streitgenossen sollen nämlich beim schriftlichen Verfahren nach §. 356 der Pr.O. noch vor der Vernehmlassung, und beim mündlichen Verfahren nach §. 98 der Pr.O. wenigstens nach der ersten Tagfahrt einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellen, und durch diesen die Prozeßhandlungen gemeinschaftlich vornehmen lassen. Auf den Fall, daß die Parthien dies unterlassen, ist kein Rechtsnachtheil angedroht, und nach §. 653 der Pr.O. hat die Versäumung einer Prozeßhandlung nur diejenige Folge, welche in den Gesetzen bestimmt, und vom Richter angedroht ist, es entsteht daher die Frage, wie hat sich hier der Richter zu benehmen? Nach einer strengern Gesetzauslegung könnte man folgern, weil die Streitgenossen nur durch einen gemeinschaftlichen Anwalt sich vernehmen lassen sollen, so sind sie ungehorsam, wenn sie dies unterlassen, der Richter darf die Einzelnen nicht anhören, und muß sie präcludiren. Aber bei näherer Betrachtung zerfällt diese Folgerung. Nicht immer sind die Consorten ungehorsam, wenn sie keinen gemeinschaftlichen Anwalt ernennen, oft haben die Streitgenossen sich alle Mühe gegeben, um sich über die Person eines gemeinschaftlichen Sachwalters zu vereinigen, und es wäre daher hart, sie deshalb als ungehorsam zu behandeln.

Ein Zwang durch Geld- oder andere Disciplinarstrafen wäre dem Geiste unserer Prozeßordnung unangemessen, und führte überdies nicht zum Ziele.

Es bleibt daher nichts übrig, als die Streitgenossen in solchen Fällen einzeln zuzulassen. Diese Ansicht hat beim ersten Anblick viel gegen sich. Es hat den Anschein, als könnten die Streitgenossen auf diese Weise die gesetzlichen Bestimmungen rein illusorisch machen. Aber bei einer nähern Betrachtung zerfällt dieses Bedenken. Der Zweck des ge-

Digitized by Google

meinschaftlichen Handelns der Streitgenossen ist zunächst die Kostenersparniß. Dieser Zweck wird durch Umgehung jener Gesetzesvorschrift vereitelt, diese Uebertretung hat daher für die Uebertreter die Folge, daß sie den hierdurch angerichteten Schaden in jedem Falle tragen müssen. Der Mehraufwand der Kosten, welcher hieraus erwächst, kann darum in keinem Fall dem Gegner aufgebürdet werden, desgleichen muß ihn derjenige Streitgenosse allein tragen, durch dessen Opposition die Wahl eines gemeinschaftlichen Anwalts hintertrieben wurde. Diese Ansicht findet auch im §. 99 der Pr.O. ihre Unterstützung, wornach trotz der Pflicht zur gemeinschaftlichen Vornahme der Prozeßhandlungen dem einzelnen Streitgenossen noch frei steht, seine besondern Angriffs- und Vertheidigungsmittel *gesondert* vorzutragen.

Hiermit sind wohl die wichtigsten Sätze dieser Lehre abgehandelt. Ich glaube jedoch keineswegs, daß damit die Diskussion geschlossen ist, und hielte es für wünschenswerth, wenn sich noch andere Meinungen darüber aussprächen.

Wilhelm Brauer.

II.

Von der Anwendung neuer Gesetze auf anhängige Civil-Prozesse.

Die Novelle vom 3. August 1837 enthält keine Bestimmung darüber, ob und inwieweit sie mit rückwirkender Kraft auf noch schwebende Civilprozesse angewendet werden dürfe? Bei einem in zweiter Instanz anhängigen Rechtsstreit entstand nun die Frage: ob der Art. 7 der Novelle, wodurch die Bestimmungen des §. 674 der Prozeßordnung wesentlich modificirt wurden, in zweiter Instanz auch da noch zur Anwendung gebracht werden dürfen, wo das Rechtsmittel schon vor dem 3. August 1837 ohne weitere Beweisantretung eingeführt worden sei.

Von einer Seite wollte diese Frage bejaht werden, weil ein neues Verfahren in zweiter Instanz Statt gefunden und sich ergeben habe, daß der Beweis über erhebliche Thatsachen in erster Instanz nicht genügend angetreten war, für welchen Fall die Novelle den Richter ermächtige, den Partheien durch eine Verfügung die Thatsachen zu bezeichnen, über welche noch Beweis erforderlich ist, und für den Nachtrag solchen Beweises eine Frist zu bestimmen, welche 14 Tage nicht übersteigen darf.

Hiergegen wurde aber von der andern Seite bemerkt: der Gesetzgeber habe der Novelle keine rückwirkende Kraft beigelegt, es gelte daher für solche die allgemeine Vorschrift im Art. 2 des Einführungsedikts vom 31. December 1831, wornach die Novelle auf Rechtsstreitigkeiten, welche schon vor dem 3. August 1837 oder nach dem Landrechtsatz 1 vor geschehener Verkündigung derselben anhängig geworden sind, hinsichtlich derjenigen Instanz, in der sie sich an jenem Tage schon befunden, keine Anwendung finde. Ueberdieß habe der Unterrichter in der Sache selbst gesetzmäßig verfahren, die Parthei aber versäumt ihre nachträglichen Beweise in der zweiten Instanz sogleich mit der Beschwerdeschrift anzugeben, wie es der §. 1170 verglichen mit §. 1213 der Prozeßordnung ausdrücklich vorschreibe, ohne daß hierin die Novelle etwas geändert habe.

Diese Gründe mochten zwar für den vorliegenden Fall entscheidend seyn, man würde aber zu weit gehen, wenn man den im Art. 2 des Einführungsedikts aufgestellten Grundsatz sofort bei allen Vorschriften der Novelle ohne irgend eine Unterscheidung anwenden wollte, indem dieselbe auch solche Vorschriften enthält, welche, wie z. B. die rein formellen Bestimmungen des Art. 3 unbeschadet der Rechte der Partheien zur Anwendung kommen können, oder sich auf Folgen einer vergangenen Begebenheit im Sinne des Landrechtsatzes 2 b beziehen, oder nur Erläuterungen dunkler oder zweideutiger Bestimmungen der Prozeßordnung enthalten, in welchen Fällen eine rückwirkende Anwendung der Gesetze, mithin der Novelle vom 3. August 1837, theils erlaubt theils geboten ist.

E.

III.

Ueber die Folgen einer Verurtheilung zur Todesstrafe.

Im März 1835 war Gg. Hörner von Eichel wegen Tödtung zur Todesstrafe verurtheilt, auch dieses Urtheil höchsten Orts zur Verkündung genehmigt, die erkannte Todesstrafe jedoch in 20jährige gemeine Zuchthausstrafe gnädigst verwandelt worden.

Das betreffende Amt erließ sodann eine Verfügung an das Revisorat, wornach Hörner *als bürgerlich todt* behandelt werden sollte. Dies hat späterhin die Kreisregierung aus einer Vorlage des Amtsrevisorats ersehen und deshalb dem Amte zu erkennen gegeben: Hörner sei nicht als bürgerlich todt zu betrachten. Die L. R. S. 23 und 26 gäben eine solche Wirkung nur dem *wirklich vollzogenen* Todesurtheile, während Hörner begnadigt worden sei. Durch §. 37 der Erläuterungen zum Strafedikt sei jene gesetzliche Bestimmung nicht geändert worden. ꝛc.

Dagegen stellte das Amt in einem Berichte vor: der §. 37 der Erläuterungen enthalte ausdrücklich die Bestimmung: „Ein Erkenntniß auf Todesstrafe, sobald es zur Verkündung genehmigt, *wenn gleich nicht vollzogen wurde*, zieht den bürgerlichen Tod nach sich." — Wolle überhaupt die Gesetzeskraft dieser Bestimmung und somit aller Bestimmungen in der Sammlung der Erläuterungen nicht beanstandet werden, so spreche sich der § 37 so klar und präcis aus, daß darüber durchaus kein Zweifel obwalten könne. Zudem sei darin ausdrücklich noch auf L. R. S. 23 verwiesen und diesem dadurch seine nähere Bedeutung auf den Fall einer Begnadigung oder Strafverwandlung gegeben, es könne daher der L. R. S. 26 auf den L. R. S. 23 keinen Bezug haben, sondern vielmehr nur auf L. R. S. 24, und es habe mithin in den Erläuterungen auch keiner Abänderung des ohnehin für sich selbstständigen L. R. S. 23 bedurft, worin schon durch die *Verurtheilung* zum natürlichen Tod der bürgerliche Tod bedingt sei ꝛc.

Hierüber sprach sich das Großh. Justizministerium, an welches die Sache gelangt war, in einem Erlasse vom 18. Januar l. J. dahin aus: „man sei des Dafürhaltens, daß die L. R. S. 23 und 26 durch den §. 37 der Erläuterungen (zum Strafedikt) vom Jahr 1812 keine Aenderung erlitten haben und Hörner nicht als bürgerlich todt, sondern gemäß §. 27 des Strafedikts nur *als mundlos* behandelt werden könne." *Bayer.*

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 31. | Karlsruhe den 3. August 1839.

I.

I. Giebt es eine erwerbende Verjährung der persönlichen Dienstgerechtigkeiten, insbesondere auch der Nutzungsrechte an Holz und Wald bis zum Erscheinen des Forstgesetzes?

(Oberhofgericht. Fürstenberg c. Geisingen.)
Spöck c. Fiscum.

II. Ueber die Besitzklagen jener Berechtigungen.

(Hofgericht des Unterrheinkreises.)
Leibfried c. Fiscum.

Ueber die erwerbende Verjährung der Servituten herrschte schon nach gemeinem Rechte viel Streit. Die Verfasser des code civil glaubten denselben erledigt zu haben, allein er begann von neuem und wir haben eben so viele Controversen in dieser Lehre als zuvor.

Hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten ist

1) bestritten, ob die offenen und selbstständigen nur durch 30jährigen Besitz, oder auch durch die 10- und 20jährige Ersitzung erworben werden können.

(Vergl. Lauckhardt II. B. p. 96.)

2) Hinsichtlich der unständigen behaupten Einige, daß der in Satz 691 enthaltene Ausschluß des Erwerbtitels der Verjährung sich nur auf die 30jährige Ersitzung beziehe, und daß eine solche Dienstbarkeit, ungeachtet des Satzes 691 und 2264, dennoch der 10- und 20jährigen Ersitzung des Satzes 2265 unterworfen bleibe, weil hier von Liegenschaften im Allgemeinen die Rede sei.

Hinsichtlich der persönlichen Dienstbarkeiten ist man ebenfalls nicht einig, ob solche überhaupt ersitzbar seien, und ferner, ob nur die Verjährung des Satzes 2265, oder auch die 30jährige Ersitzung Platz greife. Mehrere Rechtslehrer, z. B. Zachariä (4te Auflage), unterscheiden zwischen der Nutznießung und der Nutzung, und verwerfen die Ersitzung bei der letzteren unbedingt, während sie solche bei der ersten als Erwerbtitel anerkennen.

In Sachen Fürstenberg c. Geisingen hat das Oberhofgericht eine 10jährige Ersitzung des Nutzungsrechts unter den Voraussetzungen des Landrechtsatzes 2265 zugelassen.

In Sachen Spöck c. fiscum wurde ausgesprochen, daß Nutzungsrechte zuvörderst nach den für sie bestehenden besondern Gesetzen, und sodann zu deren Ergänzung nach den von den Grunddienstbarkeiten geltenden Grundsätzen zu beurtheilen seien.

Es könne daher die Anwendung des Satzes 691 auf das angesprochene Recht keinem Zweifel unterliegen, so wie überhaupt Nutzungsrechte zwar wie Nutznießungsrechte durch Bestimmung eines Gesetzes, oder durch Rechtstitel, nicht aber durch bloßen Besitz, erworben werden können.

Es wurde in diesem Falle noch eine weitere Frage in Anregung gebracht. Es handelte sich um ein Nutzungsrecht an Holz und Wald, welche Rechte nach L.R.S. 636 durch besondere Gesetze bestimmt werden. Der Anwalt des Klägers behauptete, daß das neue Forstgesetz, indem es durch Art. 104 alle Forstberechtigungen schütze, welche auf einem besonderen Rechtstitel beruhen, oder in rechtmäßiger Uebung sind, unter der letzteren die Verjährung als Gegensatz von Rechtstitel (Vertrag) gemeint habe, und daß zufolge dieser mit dem gemeinen Recht harmonirenden Bestimmung derartige, von den Verfügungen des Landrechts ausgeschlossene, Nutzungen bis zum Erscheinen des Forstgesetzes ersitzbar gewesen seien.

Hierüber hat sich das Oberhofgericht in Fortsetzung obiger Gründe auf folgende Art ausgesprochen:

„An diesen Verhältnissen hat das Forstgesetz vom Jahr 1834 nichts geändert, denn nach Art. 104 können neue Forstberechtigungen nicht mehr entstehen, und wenn dasselbe sagt, daß diejenigen, welche in rechtmäßiger Uebung sind, bis zur Ablösung geschützt werden sollen, so ist es ja gerade bestritten, daß das Laubsammeln als ein Recht ausgeübt worden sei."

Was den ersten dieser Gründe betrifft, so scheint er vorauszusetzen, daß derartige Nutzungsrechte bis zum Erscheinen des Forstgesetzes nach den landrechtlichen Be-

Digitized by Google

stimmungen zu beurtheilen waren, und daß es sich also darum frage, ob und wie weit das Forstgesetz jene Bestimmungen abgeändert habe; allein gerade diese Voraussetzung war das punctum quaestionis und das Forstgesetz spricht gegen jene Unterstellung, sonst würde es sich nicht mit den Arten des Erwerbs befassen.

Der zweite Grund ist lediglich aus einer individuellen Thatfrage abgeleitet, steht also mit der Auslegung des Art. 104 in keinem Zusammenhang.

Troplong (de la prescription, p. 229 ff.) behandelt die Frage, ob Nutzungsrechte an Holz und Wald gleichfalls dem Art. 691 unterworfen seien, ausführlich, und verneint sie mit Merlin auf den Grund des Art. 636.

Anlangend die Hauptfrage, ob persönliche Dienstbarkeiten im Allgemeinen ersitzbar seien, so wage ich bei den vorliegenden großen Autoritäten nur zu dem Zwecke einiges über deren Beantwortung zu sagen, um über diese bei uns so wichtige Materie gründlichere Erörterungen anderer einheimischee Juristen, und dadurch, wo möglich, eine feste Praxis herbeizuführen.

Vor allem finde ich es, man mag dieser odee jener Ansicht huldigen, bedenklich, mit Zachariä zwischen den einzelnen Aeten der persönlichen Dienstgerechtigkeiten einen Unterschied zu machen, denn der L.R.S. 623 steht entgegen. Dieser würde eine Unwahrheit enthalten, wenn man annähme, daß zwar die Nutznießung, nicht aber die Nutzung und Wohnung, durch Verjährung erworben werden können, denn er sagt mit dürren Worten, daß diese Rechte auf gleiche Weise erworben werden.

Es hereścht zwar allerdings der Unterschied zwischen jenen Dienstbarkeiten, daß die Nutznießung veräußert werden kann, nicht aber die Nutzung und Wohnung, und daß folgerweise letztere auch nicht verpfändet werden können. L.R.S. 595. 631. 634. 2118. Daß jedoch dieser Unterschied, auf welchen Zachariä hinzudeuten scheint, keinen Einfluß auf die Erwerbart hat, möchte wohl gerade daraus hervorgehen, daß der Gesetzgeber ungeachtet dieser Verschiedenheit die gleichen Erwerbarten sanctionirte.

Ferner sind alle diese Gerechtigkeiten sich darin gleich, daß sie diejenigen Eigenschaften an sich tragen, welche nach den Sätzen 688 und 689 als Kennzeichen der verborgenen und unständigen Dienstbarkeiten gelten.

Nun ist es aber gerade dieser Umstand, den der Gesetzgeber, wie Art. 691 zeigt, bei der erwerbenden Verjährung der Servituten hauptsächlich im Auge hatte, und welchee eben deshalb eine solche Distinktion bei ganz gleichaetigen Rechten entschieden verwirft.

Diese Gründe dürften für eine hinsichtlich aller persönlichen Dienstbarkeiten gleiche, folgende Gründe aber für eine verneinende Entscheidung obiger Frage in der Art sprechen, daß keine Verjährung, weder die 30- noch die 10jährige, bei den persönlichen Dienstbarkeiten Statt findet, und daß die Grunddienstbarkeiten nur durch die im Satz 690 statuirte Verjährung erworben werden können.

Im II. Buche des Landrechts ist von der Eintheilung der Sachen und von den Rechten, die man davon haben kann, die Rede. Es sind die sächlichen Rechte der Reihe nach aufgeführt und erörtert; und das III. Buch handelt sofort von den einzelnen Arten, Eigenthum zu erwerben.

Hinsichtlich der Dienstbarkeiten sind jedoch schon im II. Buche die Gattungen der einzelnen Erwerbarten bestimmt, welche bei diesen Rechten Platz greifen sollen, und zwae wird hinsichtlich der persönlichen verfügt: daß man sie entweder durch Gesetz, oder durch den Willen des Eigenthümers erlange. Satz 579. Von einer weiteren Gattung, Eigenthum zu erwerben, insbesondere von einem Erwerbe durch Handlungen dritter Personen ohne und gegen den Willen des Eigenthümers, wie der Verjährung, ist keine Rede.

Dagegen kommt solche bei den Grunddienstbarkeiten zue Sprache, und es wird speziell erörtert, ob und welche Art der Verjährung Statt finden soll, Satz 690. 691, ohne daß auf irgend eine Weise ein weiterer Titel oder eine andere Art dee Verjährung angedeutet wird.

Der Ausdruck „Gesetz und Willen des Eigenthümers" (L.R.S. 579) umfaßt alle einzelnen Erwerbarten außer der Verjährung, und wollte man nun diese, den Willen des Eigenthümers ausschließende und auf Handlungen Anderer beruhende Erwerbart auch noch zulassen, so möchte dieß im Widerspruch mit dem „entweder, oder" des Satzes 579 stehen, indem letztere Erwerbart eines Theils nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern auf Handlungen der Menschen beruht, und weil dabei andeen Theils auch dee Wille des Eigenthümers nicht concurrirt. Jedenfalls aber würde dieser Satz alle Bedeutung verlieren, indem nicht einzusehen ist, warum der Gesetzgeber bei diesen Rechten etwas spezielles über die Gattungen des Erwerbs gesagt haben soll, wenn bei denselben in dieser Hinsicht nichts Statt findet, was von dem Erwerb des Eigenthumrechts abweicht; ferner, warum der Gesetzgeber die Verjährung bei den persönlichen Servituten nicht gemeint hat, wenn solche nach seiner Meinung neben den genannten Gattungen ihrer Entstehung als Titel gelten soll. Es wäre dies um so auffallender, als er in dem folgenden Titel, „von den Grunddienstbarkeiten", dieser Erwerbgattung ausdrücklich gedachte.

Nach den Regeln der Auslegung muß meines Erachtens hieraus der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber die Verjährung bei den persönlichen Servituten überhaupt nicht habe als Titel anerkennen wollen, und zwar um so

Digitized by Google

mehe, als nicht nur die Verjährungen strictissimae interpretationis, sondern weil auch bei den persönlichen Dienstbarkeiten alle jene Motive vorhanden sind, welchr den Gesetzgeber brstimmt haben, dir Verjährung bei den unständigen Grunddienstbarkeiten auszuschließen.

Zwar behaupten einige Rechtslehrer, daß auch diese Grunddienstbarkeiten in Folge drs Satzes 2265 durch Ersitzung erworben werden können, indem durch den Satz 691 nur die 30jährige Ersitzung ausgrschlossrn sei, und demnach würde die Analogie allerdings nicht passrn, alleiu ich wüßte diese Meinung nicht anders zu rechtfertigen, als unter der Voraussetzung, daß man die Sätze 2264 und 691 aus dem Gesetzbuche wegstreicht.

Erwägt man nun, daß jede Befugniß, welche den Genuß einer unständigen Dienstbarkeit ausmacht, auch als Nutzungsrecht constituirt werden kann, sobald sie statt zum Vortheil einer Liegenschaft, zum Vortheil einer bestimmten Person brstellt wird, z. B. eine Weggerechtigkeit*), so müßte im letzteren Falle die Verjährung nach L.R.S. 2265 zugelassrn, im ersteren abee wegen der Sätze 691 und 2264 ausgeschlossen und am Ende gar eine, unter den Voraussetzungen des Satzrs 2265 besessene unständige Grunddienstbarkeit nach Ablauf von 10 Jahren wenigstens als Nutzungsrecht anrrkannt werden.

Dies ließe sich mit einer vernünftigen Gesetzgebung schwerlich vereinigen.

Ich komme nun zu dem Hauptgrund, welcher für die Ersitzbarkeit der persönlichen Dienstbarkeitrn geltend gemacht wird. Dieser liegt in dem L.R.S. 2265.

Man sagt nämlich, daß jene Rechte nach L.R.S. 526 zu den liegenschaftlichen grhören, und deshalb unter den „Immobilien" begriffen srien, welche bei den Voraussetzungen des Art. 2265 ersessen werden können.

So viel auch dieses Argument für sich zu haben scheint, so dürfte doch mit Grund Folgendes eingewendet werden.

Nach L.R.S. 2264 sollen die im 20sten Titel enthaltenen Regeln nur auf die in diesem Titel erwähnten Gegenstände bezogen werden, weil die Regeln für andere unter ihren eigenen Titeln erklärt sind. Gegenstand der Verjährung ist das Recht, welches ich durch Verjährung erwerbe oder verliere.

In dem gleich darauf folgenden Satze 2265 ist als Gegenstand der Verjährung das Eigenthum bezrichnet. Dieses ist eine einzelne Art der sächlichen Rechte und findet an liegender, wie an fahrender Habe Statt. Wenn nun der Satz 2265 verfügt, daß das Eigenthum eines liegenden Guts durch 10jährigen Brsitz erworben wrrde, so scheint mir hier nicht von den dinglichen Rechten im Allgemeinen, sondern speziell von dem Eigrnthumsrecht die Rede zu seyn, und der Ausdruck „liegendes Gut" scheint mir nur zu sagen, daß das Eigenthumsrecht an Fahrnissen unter dirser Verjährung nicht brgriffen sei.

Durch diese Auslegung wären alle Schwierigkeiten über die Vereinigung drr Sätze 690, 694, 2261, 2265, ferner 579 grhoben, und ich glaube, daß dies auch die Meinung

---

*) Bekk (dingliche Rechte p. 11 u. 12) scheint zwar diesen Satz nicht anzuerkrnnen, indem er sagt, daß derartige Rechte, z. B. Beholzungsrechte, Waidrechte, Eichelrechte nur als Grunddienstbarkeiten, nicht aber als Erbdienstbarkeiten, bestehen können, und daß sie, wenn sie nicht an ein herrschendes Grundstück gebunden sind, als dingliche Rechte gar nicht, sondern nur etwa als prrsönlichr constituirt werden können; allein dies dürfte nicht richtig seyn, sofrrn auch die Constituirung als Nutzungsrecht ausgeschlossen seyn soll. Nach L.R.S. 710a können sie zwar nicht vererblich seyn, aber daraus folgt nicht, daß sie auch nicht dinglich verleihbar sind. Das Landrecht bestimmt in den Sätzen 543, 543a und 544b die Gattungen der Befugnisse, welche man an Gütern haben kann, worunter auch die Nutzungsrechte vorkommen, allein es verfügt keineswegs, daß die einzelnen Arten der Befugnisse, welche im Eigenthum begriffen sind, nach einer gewissen Eintheilnng nur rnlwrder unter dieser oder untrr drr andern Form oder Gattung von drm Eigrnthum losgetrennt werden dürfen, und es ist auch kein Grund vorhanden, die Vertragsfreiheit weitrr zu beschränken, als in Beziehung auf die Vererblichkeit.

Dir Konsequrnz der gegentheiligen Ansicht würde eine Mrnge drrartiger Rechte, welche vor 1810 rrworben waren, außer den Schutz drr Gesetze stellen. D. E.

Daß einzelnr in dem Eigenthum begriffene Befugnissr in keinen andrrn als in den im S. 543 und 543a bezeichneten Formen von Eigenthum getrennt werden können, ist in eben dirsrn Gesetzesstellen ganz ausdrücklich grsagt. Nach S. 543 sind nämlich „die Befugnisse, welche man auf Güter haben kann, entweder rin Eigrnthum, oder ein bloßer Grnuß, oder Grundgerechtigkeiten." In riner andern Form kann man also keine Befugnisse auf Güter (dingliche Rechte) haben, und der im S. 543 erwähnte Grnuß kann nach S. 543a nur in prrsönlichrn Dienstbarkeiten (Nutznießung, Nutzung und Wohnung), Nutzeigrnthum oder Erbdienstbarkeiten (Zehnten, Gülten und Zinsen) bestehen, so wir die Grundgerechtigkeiten nur Grunddienstbarkeiten oder Grundpflichtigkeiten seyn können. — Daß nun Brholzungsrechte, Waidrechte rc. nicht als Erbdienstbarkeiten brwilligt werden können, ist im S. 710b ausdrücklich grsagt. Wenn sie, was wohl der grwöhnlichr Fall ist, dem Besitzer eines bestimmtrn Guts (z. B. auch einer Gemeinde als Inhaberin ihrer Gemarkung) zustehen, so sind sie Grunddienstbarkeiten (S. 637), andernfalls könnrn sie aber, da sie keine Erbdienstbarkeiten seyn können, nur etwa in der Eigenschaft von Nutzungsrechten noch dinglich bewilligt werden. In diesem Falle können sie jedoch, wenn sie gleich auch dingliche Rechte sind, nur persönlich von demjenigen, dem sie bewilligt sind, ausgeübt werden, er kann sie nicht an Andrre übertragen (S. 631), und mit seinem Tode (S. 617 u. 635), oder bei Körprrschaften nach Ablauf von 30 Jahren (S. 619 u. 625) erlöschen sie. D. R.

Digitized by Google

des Gesetzgebers war, welcher, nachdem die Erwerbarten der übrigen dinglichen Rechte wenigstens der Gattung nach bestimmt waren, nur noch die Verjährung des Eigenthumsrechts zu reguliren gedachte.

Man möchte zwar einwenden, daß das Eigenthum ein Gattungsbegriff sei und alle andern Rechte in sich schließe, allein das Wesen der übrigen dinglichen Rechte besteht gerade darin, daß sie von dem Eigenthumsrecht losgetrennt, und im Augenblick ihrer Entstehung nicht mehr darunter enthalten, sondern selbstständige Rechte sind, die ihren eigenen Regeln unterliegen.

Der §. 747 der Prozeßordnung setzt im Einklange hiermit augenscheinlich voraus, daß es außer den unständigen Grunddienstbarkeiten noch andere Dienstbarkeiten gebe, die nur durch einen Rechtstitel erworben werden können. Welches sollen diese andere seyn, wenn nicht die persönlichen gemeint sind?

Die Gülten und Grundpflichtigkeiten können es nicht seyn, weil solche gar nicht mehr entstehen können.

Aus diesen Gründen möchte wohl die oben ausgesprochene Ansicht die richtigere seyn.

Ad II. In der genauesten Verbindung mit der Ersitzbarkeit der persönlichen Servituten steht der Besitz derselben.

Nach römischen Recht gab es eine posessio ad usucapionem und eine posessio ad interdicta. Die erstere schloß die letztere als das minus in sich und bestand in jenem Besitze, der die Erfordernisse der Verjährung an sich trug. Wenn aber auch der Besitz diese Eigenschaften nicht hatte, konnte er dennoch durch Interdicte gerichtlich gegen die Störung geltend gemacht werden, und zwar deshalb, weil Gewaltthätigkeit und Selbsthilfe nicht geduldet werden sollen.

Savigni, vom Besitz, p. 36.

Das französische Recht ist hievon wesentlich verschieden. Es betrachtet den Besitz als eine Thatsache, welche, sofern sie ein Jahr bestanden, die Vermuthung des Eigenthums gewährt, und die Besitzklagen sind das Mittel, sich diese Wirkung zu erhalten.

Troplong l. c. p. 232.

Der Besitz muß die im Art. 2229 angeführten Eigenschaften haben, wenn er richterliche Anerkennung finden soll. Diese Eigenschaften sind aber nur bei dem Besitz einer solchen Sache rechtlich denkbar, welche der erwerbenden Verjährung empfänglich ist, denn bei denjenigen Rechten, insbesondere bei Dienstbarkeiten, welche nicht durch Verjährung erworben werden können, ist der Gesetzgeber von der Unterstellung ausgegangen, daß die Inhabung nicht die Eigenschaften des Satzes 2229 habe, sondern stets clam oder precario bestehe, so lange der Inhaber nicht das Recht selbst beweißt. Dies war der Grund, warum er eine Verjährung nicht zuließ und warum folgeweise auch die Inhabung keine Vermuthung für das Recht begründen kann.

Der Besitz ist demnach mit der Verjährung aufs innigste verbunden, wie er denn auch in der Lehre von der Verjährung seine Stellung fand.

Eine bloße posessio ad interdicta ist dem Wesen des Besitzes nach dem Code civil fremd.

Troplong p. 333.

Daß insbesondere die Verhütung von Gewaltthätigkeiten nicht der Grund war, warum der Besitzer in Schutz genommen wurde, geht schon daraus hervor, daß der Besitz erst nach Ablauf eines Jahres als solcher anerkannt und vorher richterlich nicht geschützt wird.

Unsere Prozeßordnung hat nun eine Art von possessio ad interdicta dadurch statuirt, daß sie bei Dienstbarkeiten, welche eine possessio ad usucapionem gar nicht zulassen, dennoch Besitzklagen einführte, und solche unter der Bedingung gestattet, daß der Besitzer seinen Rechtstitel beweißt, also mehr, als die possessio ad usucapionem erfordert.

Diese Besitzklagen scheinen mir jedoch eine wahre Satyre auf das Wesen des Besitzes nach gemeinem und französischem Recht zu seyn, an welch' letzterem unser Landrecht in der Hauptsache nichts änderte. Das Wesen des Besitzes und der Besitzklage liegt darin, daß der Besitz an und für sich selbst, ganz abgesehen von dem Rechte, Vortheile und insbesondere ein Klagrecht gewährt, weil er eine Vermuthung für das Recht begründet. Muß ich aber vorerst das Recht beweisen, um den Besitz zu erhalten, so ist eo ipso das Wesen einer Besitzklage vernichtet. Man kann nicht mehr sagen possideo, quia possideo, oder: ich verlange Schutz, weil der Besitz mir eine Vermuthung gewährt, sondern ich besitze, weil mir das Recht selbst zusteht. Wenn ich aber das Recht selbst bewiesen habe, so versteht sich von selbst, daß mir auch der Besitz gebührt und der Natur der Sache nach brauche ich nicht mehr darüber zu streiten. Eine Klage im Sinn des §. 747 der Prozeßordnung scheint mir nichts anderes zu seyn, als ein Petitorium im abgekürzten Verfahren, eine Art Executivprozeß für ein dingliches Recht, wobei der Besitz nur den Vortheil gewährt, daß eine schnellere Prozeßart Statt findet und die Einreden nach Umständen ad separatum verwiesen werden **). Der wahre Streitgegenstand ist nämlich nicht der Besitz, son-

**) Dies ist ohne Zweifel die einzige Bedeutung der im §. 747 noch zugelassenen Besitzklage bei unständigen und persönlichen Dienstbarkeiten. D. R.

Digitized by Google

dern das Recht selbst, welches durch den Besitz koloriet wird, aber nicht umgekehrt, wie nach gemeinem Recht.

Siegt der Kläger, so ist keine wahre actio negatoria mehr denkbar, sondern nur noch eine Klage, welche die nicht vorgeführten Einreden zum Klaggrund hat.

Es wird auch in der That selten mehr einem Inhaber solcher Rechte einfallen, eine Besitzklage anzustellen, weil er, statt daß ihm der Besitz eine Vermuthung gewähren soll, weit mehr zu beweisen hat, als in petitorio, nämlich neben dem Recht auch noch den Besitz, und weil er im besten Falle nichts weiter als ein schnelleres Verfahren gewinnt, was überdies noch sehr problematisch ist.

Was nun die persönlichen Dienstbarkeiten insbesondere betrifft, so sind bei diesen zweierlei Inhabungen zu unterscheiden, nämlich die Inhabung der Sache selbst, auf welcher sie haften, und die Inhabung des Rechts, als einer von dem Eigenthum an der Sache getrennten Befugniß (juris quasi possessio). In der ersteren Beziehung ist der dienstberechtigte Besitzer in fremdem Namen, d. h. im Namen des Eigenthümers, hat also keine selbstständige Besitzklage. Ein quasi-Besitz der Dienstbarkeit kann nach obiger Ausführung dem Dienstberechtigten deßhalb nicht eingeräumt werden, weil sein Recht der Ersitzung nicht fähig ist.

Wenn nun die Prozeßordnung in §. 745 verfügt, beziehungsweise aus Zachariä's Lehrbuch entlehnt zu haben scheint:

> „der, welchem ein Recht der Nutznießung, oder ein Nutzungsrecht an einer unbeweglichen Sache, oder ein Wohnungsrecht zusteht, kann wegen der Gegenstände seines Rechts ganz dieselben Besitzklagen, wie der Eigenthümer anstellen",

so ist in Ansehung dieser Dienstbarkeiten ausgesprochen, daß deren Inhaber in all' denjenigen Fällen zur Anstellung einer Besitzklage legitimiet seien, in welchen der Eigenthümer, in dessen Namen sie besitzen, possessorisch klagen kann.

Dies ist eine nähere Anwendung des L.R.S. 613; dagegen wurde nicht gesagt, daß den Dienstberechtigten eine Klage auf Schutz einer *juris quasi possessio* zustehe, vielmehr ist dieses verneint, weil sie einer Theilnahme an den Besitzklagen des Eigenthümers nicht bedürften, wenn ihnen ein eigener Besitz zustünde.

Wenn ihnen aber keine Besitzklage selbstständiger Art gegeben ist, so versteht sich von selbst, daß sie niemals gegen den Eigenthümer selbst mit einer possessorischen Klage auftreten können, und dieß verlangt in der That auch die Konsequenz des Gesetzgebers, wenn man annimmt, daß diese Rechte durch Verjährung nicht erworben werden können.

Troplong p. 226. nol. 392.

Es ist zwar den Grunddienstbarkeiten ähnlicher Art eine so betitelte Besitzklage allgemein, mithin auch gegen den Eigenthümer eingeräumt worden, allein diese Inconsequenz ist eines Theils eben deshalb, weil sie eine Inconsequenz ist, nicht noch weiter auszudehnen ***), andern Theils ist durch den §. 745 entschieden, ob und welche Besitzklagen dem Inhaber einer persönlichen Dienstbarkeit zustehen, und es folgt auch aus Satz 544c, daß der Dienstberechtigte, welcher eine Sache im Namen des Eigenthümers besitzt, keinen stärkeren Besitz als dieser haben kann.

In Sachen Leibfried gegen fiscus, Besitz einer Wohnungsgerechtigkeit betr., hat das Hofgericht des Unterrheinkreises die Besitzklage unter anderen Gründen auch aus diesem abgewiesen.

Die Klägerin machte den Besitz einer Wohnungsgerechtigkeit, die ihr durch Testament legirt war, gegen den Großherzogl. Fiskus geltend, welcher das belastete Haus von den Erben acquirirt hatte.

Die Klägerin hatte sich verheirathet und mit ihrem Manne eine andere Wohnung bezogen; in den ihr angeblich zugedachten Zimmern aber hatte sie einige Möbel stehen lassen, welche der Fiscus beseitigen ließ. Sie erhob deshalb eine Besitzklage und wurde hiemit, theils aus obigem Grunde, theils aus den weiteren Gründen abgewiesen, weil man

1) den Bezug einer andern Wohnung in der Absicht, sich andauernd darin aufzuhalten (mithin nicht vorübergehend, wie z. B. auf einer Reise), als ein Aufgeben des Besitzes (Ausübung, Satz 2228) des Wohnungsrechts, wenn auch nicht als ein Verzicht auf das Recht selbst, betrachtete, und weil die Zurücklassung von Möbeln oder die Bewahrung des Schlüssels, was alles nur ein Accessorium der Ausübung des Wohnungsrechts sei, die Wirkung jener concludenten Handlung nicht zu beseitigen vermöge. — Man hat ferner

2) angenommen, daß dem Inhaber eines Wohnungsrechts zwar frei stehe, dieses Recht zu jeder Zeit auszuüben; in dem Augenblicke aber, wo er den Besitz auf die oben angeführte Weise aufgebe, falle zufolge der höchstpersönlichen Natur dieser Dienstbarkeit das Gebrauchsrecht der Sache auf den Eigenthümer zurück, bis der Dienstberechtigte selbst es wieder ausüben will. Dagegen streite es durchaus gegen die Natur jenes Rechts, daß der Inhaber, während er eine andere Wohnung bezieht, auch dem Ei-

***) Der §. 747 der Prozeßordnung, nach welchem unter der Voraussetzung, daß zugleich der Erwerbstitel dargethan wird, bei unständigen Grunddienstbarkeiten eine Besitzklage Statt findet, verordnet dies in gleicher Weise auch von andern Dienstbarkeiten, die nur durch einen Rechtstitel erworben werden können, nach der obigen Ausführung also gerade von den persönlichen Dienstbarkeiten. Das Gesetz macht in beiden Fällen keinen Unterschied, ob die Klage gegen den Eigenthümer selbst, oder gegen Dritte gehe, und der §. 745, welcher von der Besitzklage des Nutznießungs- oder Nutzungsberechtigten gegen Dritte spricht, kann die Bestimmung des §. 747, wornach demselben unter der Voraussetzung eines Rechtstitels die Besitzklage allgemein, folglich auch gegen den Eigenthümer zukommt, nicht beschränken. D. R.

Digitized by Google

genthümer den Gebrauch versage. Ein derartiger Besitz sei deshalb in keinem Falle ein rechtmäßiger u. s. w.

Stabel.

II.

Oberhofgericht.

Rechtsfall über die Einrede der fehlenden Passivlegitimation zur Erläuterung der §§. 296 — 304 der Prozeßordnung.

Die Gemeinde Buchholz, Amts Waldkirch, stellte vor dem Hofgericht in Rastatt, bezüglich einer der Grundherrschaft schuldigen Holzabgabe, die actio negatoria gegen den Besitzer der Grundherrschaft, Freiherrn von Berstett in Ettlingen an, dieser setzte ihr aber, ohne sich auf die Klage einzulassen, die Einrede der fehlenden Passivlegitimation deshalb entgegen, weil er die Grundhereschaft Buchholz mit allen Rechten an den Freiherrn von Gleichenstein in Freiburg verkauft habe, allein er ward damit, obschon er diesen Verkauf durch Vorlage der öffentlichen Kaufsurkunde dargethan hatte, abgewiesen, weil dieser Kauf wegen Verweigerung der Gewähr von Seiten des Gemeinderaths in Buchholz noch nicht in das Grundbuch eingetragen sei. Gegen diese offenbar auf einer, wie mir scheint, unrichtigen Anwendung des §. 25 des II. Einführungsedicts und des L.R.S. 1583a gegen den Verkäufer und frühern Eigenthümer gebaute Entscheidung ward die Appellation an das Obeehofgericht ergriffen, von diesem aber die Appellation als unzulässig verworfen.

Die Gründe waren: „In Erwägung, daß die Appellation gegen ein Erkenntniß gerichtet wird, wodurch die von dem Beklagten rrhobene Einrede des unrechten Beklagten verworfen wurde, daß aber der Beklagte auf den Gound dieser als prozeßhindernd vorgeschützten Einrede nicht blos eine zeitliche Befreiung von der Einlassung auf die Klage, eine Entbindung von der Instanz begehrte, sondern — was schon in der Natur dieser Einrede liegt, und wie sich Beklagter in dem Petitum der Appellationsbeschwerde deutlich erkläet — eine gänzliche Vernichtung der klägerschen Ansprüche, insoweit sie gegen ihn geltend gemacht wurden, also eine Entbindung von der Klage bezweckt."

„In Erwägung, daß Einreden, womit eine Entbindung etwa nicht nur von der Instanz, sondern von der Klage selbst begründet werden will, unter den Begriff der zerstörlichen Einreden fallen. Martin §. 92. Grollmann §. 170."

„In Erwägung, daß gegen das Verwerfen einee als prozeßhindernd gebrauchten zerstörlichen Einrede, wenn diese nicht blos als prozeßhindernd, sondern wie hier *in concreto* gänzlich verworfen ist, ein Rechtsmittel nach §. 304 der Prozeßordnung zwar Statt findet, jedoch erst mit dem Rechtsmittel gegen das Urtheil in der Hauptsache geltend gemacht werden kann. Aus diesen Gründen wird die Appellation als zur Zeit unzulässig erkannt."

Wenn man diese Entscheidung beurtheilen will, so kann man sie, auch in keiner Hinsicht mit ihr einverstanden, doch nicht eine mit den Vorschriften der Prozeßordnung unvereinbare nennen, man kann zwar nachweisen, daß sie unrichtig ist, allein man kann deshalb nicht nachweisen, daß sie der Prozeßordnung zuwiderläuft, weil die Prozeßordnung selbst die Vordersätze, worauf die Entscheidung beruht, den Begriff der zerstörlichen prozeßverhindernden Einreden nicht bestimmt, über deren Wesen und Inhalt keine Vorschriften ertheilt, sondern solche, für ein umfassendes vollständiges Gesetzbuch — betrübt genug —, lediglich als wissenschaftliche Begriffe und Eintheilungen voraussetzt, und auf solche rein wissenschaftliche Begriffe alsdann ihre legislativen Bestimmungen trifft. Die Prozeßordnung sagt uns wohl im §. 303 und 304 wenn und wie ein Rechtsmittel gegen die Verwerfung einer zerstörlichen prozeßhindernden Einrede zulässig ist, allein sie sagt uns nicht, was eine zerstörliche, nicht was eine prozeßverhindernde Einrede ist, und gerade da, wo wir eine vom Gesetzgeber ertheilte Bestimmung anwenden wollen, läßt uns der Gesetzgeber im Stich und verweist uns auf das Gebiet der Wissenschaft, auf den Tummelplatz widersprochener Meinungen der Rechtslehrer und unpraktischer Behauptungen der Schriftsteller, und wenn ich es daher unternehme, die Unterstellung des Oberhofgerichts, als seie die Einrede der fehlenden Passivlegitimation eine zerstörliche Einrede, zu bekämpfen, so ist es eben lediglich nur ein Versuch wissenschaftlicher Behauptung und Meinung, und keineswegs eine Zurückführung der Entscheidung auf die Vorschriften und Grundsätze des Prozeßgesetzes.

Es ist nämlich richtig, daß man unter zerstörlichen Einreden, zum Unterschied von den verzögerlichen, jene versteht, welche eine Entbindung von der Klage selbst bezwecken, allein alle verzögerlichen Einreden bezwecken gleichfalls eine Entbindung von der Klage, wie sie angestellt ist, wie z. B. die exceptio obscuri libelli die Absicht hat, von der dunklen Klage für immer entbunden zu werden, und so liegt der Unterschied der verzögerlichen und zerstörlichen Einreden wenigee in dem Zweck und der Richtung auf Verwerfung und Entbindung von der Klage, als vielmehr in der vrrschiedenen Art der Entbindung und Verwerfung der Klage, daß man durch eine verzögerlichr Einrede nur die Klage als Rechtsverfolgungsmittel wegen ihren in ihr zur tauglichen und legalen Rechtsverfolgung liegenden Mängeln angreift, während man mit einer zerstörlichen Einrede das Klagrecht, die vom Kläger überhaupt zum Gegenstand der Klage gemachte Aaforderung angeeift, und dessen gänzliche Zerstörung in der Art bezweckt, daß dieses Klagrecht gar nicht mehr zu einem Gegenstand der Klage als Rechtsverfolgungsmittel vor dem Richter erhoben werden kann. Hiervon ausgegangen, kann man wohl nicht verkennen, daß das Vorbringrn des Beklagten gegen die petitorische actio negatoria, er seie nicht mehr Besitzer und Eigenthümer der Grundherrschaft Buchholz, deren Recht auf eine Holzabgabe die Kläger bestreiten, in keiner Weise eine Einrede war, welche das Klagrecht, nämlich die Freiheit von einer Beholzigungspflicht berührte und es zerstören wollte, der Beklagte läßt dieses Recht mit seiner Einrede des unrechten Beklagten ganz bestehen, es ist ihm gleichgültig, dagegen liegt der Grund seiner Einrede darin, daß er die Kläger aufmerksam macht, wie sie ihre gegen den Grundherrn von Buchholz gerichtete Klage nicht gegen ihn als Dritten, als Fremden richten können, er will keine Zeestörung ihres Rechts, den Ausspruch, daß ihre Freiheit von der Holzabgabe nicht bestehe, sondern er will nur für seine dritte, dem Gegenstand und Recht der Klage feemde Person, Entbindung von der Klage als Rechtsverfolgungsmittel, so daß man gewiß zugeben wird, daß die Einrede der fehlenden Passivlegitimation, wo

Digitized by Google

ste als wahre Einrede vorkommt, gewiß nicht eine zerstörliche, wie die exc. solut. transact. rei judicatae, sondern lediglich nur eine verzögerliche ist. Gensler, wohl der beste Commentator von Martin, führt auch die exc. defic. legit. ad causam passivam in seinen Diktaten zu §. 92 unbedenklich unter den verzögerlichen Einreden auf. Es ist zwar richtig, daß die Thatsachen der Legitimation zur Sache sehr häufig mit den Thatsachen der Klagbegründung selbst zusammenfallen, z. B. wenn der Kläger behauptet, dem Beklagten 100 fl. Darleben gegeben zu haben, so kann über die Frage, ob der Beklagte wirklich der rechte Beklagte sey, kein von der Hauptsache getrennter Streit zugelassen werden, das Läugnen des Empfangs, und insofern die Behauptung der fehlenden Passivlegitimation, fällt hier mit der verneinenden Einlassung auf die Klage zusammen, weshalb auch der §. 92 Nr. 2. der Prozeßordnung diesen Einwand nicht als prozeßhindernd betrachtet, und kein Präjudicialverfahren darauf begründet. Wenn aber das Recht, was verfolgt werden soll, von einer besonderen Eigenschaft der Personen des Rechtsstreits, z. B. Lehnsherr und Vasall, oder von einem besondern Verhältniß zum Gegenstand des Streits, z. B. Eigenthum des herrschenden und dienenden Guts, abhängig ist, oder die Legitimation der Sache in dem behaupteten Uebergang des Rechts oder der Verbindlichkeit von einer ursprünglichen Person auf eine Andere liegt, so ist eine Bestreitung dieser Thatsachen ganz verschieden von der Bestreitung der Thatsachen der Klage selbst, z. B. von der Wahrheit des behaupteten Rechts, und solche Bestreitung veranlaßt alsdann nach §. 92. Nr. 3. einen Incidentstreit über diese Thatsachen, als der Grundlage einer selbstständigen verzögerlichen Einrede, und diese lag denn hier ganz unbestreitbar darin vor, daß die actio negatoria offenbar nur gegen den Eigenthümer des herrschenden Gutes gerichtet werden kann, und daß in dem Läugnen des Beklagten, Eigenthümer und Besitzer der herrschenden Grundherrschaft zu seyn, und in der Behauptung, sie verkauft zu haben, die vor allem zu beachtende weitere Einlassung auf die Klage verhindernde Präjudicialfrage der Legitimation zur Sache zu entscheiden war. Die Legitimation zur Sache ist aber, da Prozesse über Rechte nur unter den dazu berechtigten Personen entschieden werden können, eine der wesentlichsten Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens, und so war die hier vorgebrachte Einrede der fehlenden Passivlegitimation eine verzögerliche Einrede, welche prozeßhindernd war, und gegen deren Verwerfung um so mehr eine Appellation nach §. 302 zulässig ist, als ja bei der Richtigkeit der Begründung dieser Einrede der ganze Rechtsstreit als Verfahren über die Sache eines Dritten nach §. 92. Nr. 7. wirkungslos ist, und als man dem Gesetzgeber um so weniger die Absicht zutrauen kann, dergleichen Vorfragen im ordentlichen langsamen Verfahren erledigen lassen zu wollen, wo er dem Richter sogar die officielle Berücksichtigung dieser Vorfrage in jeder Lage des Rechtsstreits nach §. 91 aufgiebt. Was soll es denn auch nützen, wenn die Partheien durch mehrere Instanzen durch über das Klagrecht selbst streiten, und man am Ende anerkennen muß, daß das Klagrecht selbst nicht unter den streitenden Personen verfolgt, zu- oder abgesprochen werden kann?

Nach allem diesem wird man daher zufolge der wissenschaftlichen Bestimmung der verzögerlichen und zerstörlichen Einreden behaupten dürfen, daß die Einrede der fehlenden activen oder passiven Legitimation zur Sache, so wie sie eine selbstständige Einrede ist, eine verzögerliche und keine zerstörliche Einrede ist, und daß daher nach §. 302 gegen ihre Verwerfung deshalb eine Appellation zulässig ist, weil die Prozeßordnung über das Wesen der Einreden gar keine Bestimmungen in dieser Beziehung getroffen hat, folgeweise die richtigen wissenschaftlichen Bestimmungen der Natur der verzögerlichen und zerstörlichen Einreden auch für sie und in ihr gelten.

Man könnte vielleicht dagegen behaupten wollen, daß unsere Prozeßordnung unter den prozeßhindernden Einreden die verzögerlichen gar nicht begreift, weil im §. 300 und 303 die prozeßhindernden Einreden nur in ihrer Eigenschaft als zugleich zerstörliche Einreden vorkommen, und weil es allerdings richtig ist, daß im Sinne der Wissenschaft — Gönner IV. Abh. LXXVIII. — nur die zerstörlichen Einreden als prozeßverhindernde genannt werden. Allein letzteres war denn doch nicht allgemein angenommen, und da unsere Prozeßordnung eben auch nicht sagt, was denn eigentlich die prozeßhindernden Einreden, und wie viele ihrer sind, so wird man die ihnen in den §§. 300 und 301 ertheilte Wirkung untersuchen, und solche mit der Wirkung vergleichen müssen, welche die Prozeßordnung in gewissen Fällen den verzögerlichen Einreden beilegt, findet man alsdann für beide in der Hauptsache eine gleiche Wirkung, so wird man auch im Sinne des Gesetzes annehmen dürfen, daß verzögerliche, so wie zerstörliche Einreden prozeßverhindernde sind und genannt werden können. Die Hauptwirkung und gemeinsame Natur der verzögerlichen und zerstörlichen Einreden liegt nun nach §. 297 und 300 der Prozeßordnung darin, daß sich der sie vorschützende Beklagte nicht auf die Klage einzulassen hat, und daß also beide den Prozeß, insofern als sein Anfang die Vernehmlassung des Beklagten angesehen wird, verhindern. Beiderlei Einreden sind daher prozeßhindernd, weshalb auch der §. 306 ganz allgemein von prozeßhindernden Einreden spricht, ohne ihrer alleinigen Verbindung mit zerstörlichen zu erwähnen. Was aber jeden etwaigen Zweifel noch verbannen wird, ist der Umstand, daß die Prozeßordnung im §. 92 Nr. 3, wo sie von der Wirkung der Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache spricht, ausdrücklich sagt, daß diese Einrede in der Regel nicht prozeßhindernd wirke, woraus also nothwendiger Weise folgt, daß für den Fall, wo nach §. 92 Nr. 3 die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache ein besonderes Beweisverfahren vor dem Beweiserkenntniß in der Hauptsache veranlaßt, die Einrede prozeßverhindernd wirkt, und daß also, da die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache unzweifelhaft eine verzögerliche ist, auch nach dem Sinne der Prozeßordnung die verzögerlichen Einreden, zumal wenn sie über Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens ergehen, als prozeßverhindernde Einreden erscheinen, und so genannt werden können.

Sander.

Anmerk. d. Redaktion. Was die verzögerlichen Einreden betrifft, so verordnen die §§. 296 und 297 der Prozeßordnung ganz bestimmt, welche derselben prozeßhindernd seien, und unter welchen Voraussetzungen

Digitized by Google

sie es seien: wenn sie nämlich von der Einlassung befreien, also den Fortgang des Prozesses hindern oder aufhalten.

In Bezug auf die Frage, die den Hauptgegenstand der obigen Erörterung ausmacht, ob nämlich die Einrede der fehlenden Passlegitimation als eine verzögerliche, oder als eine zerstörliche Einrede zu betrachten sei? — bin ich der Meinung, daß man unterscheiden müsse zwischen dem Falle, wo die, die Legitimation begründenden, Thatumstände gar nicht oder ungenügend angeführet sind, und dem Falle, wo dieselben zwar angeführt, aber in faktischer Hinsicht oder in Bezug auf ihre rechtlichen Folgen bestritten sind.

Im erstern Falle ist die Einrede der fehlenden Legitimation ohne allen Zweifel eine verzögerliche. Das Recht des Klägers gegen den Beklagten wird damit nicht definitiv, sondern nur vorläufig widersprochen, der Beklagte will von der Klage nur so, wie sie angestellt ist, entbunden werden, und dem Kläger überlassen, dieselbe mit der nöthigen Verbesserung gegen ihn von neuem zu erheben.

Im andern Falle aber hat die Einrede diese verzögerliche Eigenschaft nicht. Der Beklagte will, indem er die angeführten Thatsachen widerspricht, oder als unerheblich erklärt, nicht nur für jetzt vorläufig, sondern definitiv für immer von der Klage entbunden seyn, und in dieser Beziehung ist die Einrede eine zerstörliche.

Uebrigens kommt es bei der Prüfung der angeführten Entscheidung hierauf nicht an, und die §§. 296 — 304 finden hiebei nicht allgemein Anwendung, da der §. 92 für die Behandlung der Einrede der fehlenden Legitimation, ob man sie nun als eine verzögerliche, oder als eine zerstörliche betrachte, besondere Vorschriften ertheilt.

Nach §. 92 Nr. 2 ist diese Einrede, wenn darnach die Thatsachen der Legitimation erst angeführt werden sollen, wenn sie also unzweifelhaft eine verzögerliche Einrede ist, als die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens bedingend, jedenfalls prozeßhindernd, und (indem nach §. 302 gegen das Erkenntniß daeüber die Appellation sogleich Statt hat) bis zue Rechtskraft zu erledigen, ehe mit dem Verfahren in der Hauptsache weiter geschritten wird.

Sind aber die Thatsachen der Legitimation angeführt und nur bestritten, so soll nach §. 92 Nr. 3 über diesen Legitimationspunkt in der Regel kein abgesondertes Verfaheen Statt finden, sondern es ist, wie wenn ein anderer Theil des Klaggrunds in faktischer oder rechtlicher Beziehung bestritten wäre, über die Sache selbst zu verhandeln, und nur mit der Appellation gegen das Erkenntniß in der Hauptsache findet auch eine Beschwerde gegen die damit verbundene Entscheidung des Legitimationspunktes Statt. Damit steht die erwähnte oberhofgerichtliche Verfügung, welche eine abgesonderte Appellation gegen die Entscheidung des Legitimationspunktes als unstatthaft erklärte, im Einklang, und es fragt sich nur, ob der im §. 92 Nr. 3 erwähnte Ausnahmsfall vorhanden war? — Nach dieser Gesetzesstelle soll nämlich auch da, wo die Thatsachen der Legitimation angeführt und bestritten sind, ausnahmsweise ein besonderes Verfahren über diese Legitimation Statt finden,

„wenn dieselbe in dem behaupteten Uebergang eines Rechts oder einer Verbindlichkeit von der ursprünglich berechtigten oder verpflichteten Person auf eine der jetzigen Parteien bestehen soll."

Wäre also die Klage gegen den Freiherrn von Gleichenstein, als den Käufer, gerichtet gewesen, und dieser hätte seinen Erwerb als den Grund seiner Passlegitimation widersprochen, so hätte dieser Legitimationsstreit nach dem klaren Wortlaute des §. 92 Nr. 3 sogleich voraus entschieden werden müssen, da es sich um den Uebergang einer Verbindlichkeit von Freiheern von Berstett auf den Beklagten gehandelt hätte. Da aber der Fall umgekehrt ist, und es sich nicht um einen Uebergang der Verbindlichkeit auf den Beklagten, sondern vielmehr um einen Uebergang derselben vom Beklagten auf einen Dritten handelt, so ist die Ausnahme des §. 92 Nr. 3 ihrem Wortlaute nach nicht anwendbar, wenn gleich bei der Gleichheit des Grundes und bei der Gleichartigkeit des Verhältnisses angenommen werden möchte, es liege hier nur eine Unvollständigkeit des Ausdeucks im §. 92 Nr. 3 vor, und der Fall, wo ein Recht oder eine Verbindlichkeit von einer Partei auf einen Dritten übergegangen seyn soll, sei gleich zu achten dem Falle, wo das Recht oder die Verbindlichkeit von dem Dritten auf die Paetei überging. Unter dieser Voraussetzung hätte die Appellation und Oberappellation über die Entscheidung des Legitimationspunktes in obiger Sache allerdings vor Entscheidung der Hauptsache zugelassen werden sollen.

D. R.

In den Groos'schen Buchhandlungen in Karlsruhe und Heidelberg, bei Ad. Emmerling in Freiburg, und in allen übrigen Buchhandlungen des Großherzogthums ist zu haben:

Badisches Landrecht

nach seinen bisherigen

Abänderungen und Ergänzungen

bearbeitet von

Kanzleirath Kintzinger.

Wohlfeiler Preis: fl. 1. netto.

Die in der Müller'schen Hofbuchhandlung kürzlich erschienene wohlfeile Ausgabe des Landrechts bestimmt mich, das obige Werk, welches besonders für jene Besitzer des Landrechts kaum entbehrlich ist, welche die seit 1810 statt gehabten mancherlei Abänderungen desselben nicht besonders nachgetragen haben, auf den höchst wohlfeilen Preis von fl. 1 netto herabzusetzen. Außerdem gebe ich noch auf 10 Exemplare, die zusammen verlangt und baar bezahlt werden, ein Freiexemplar.

Karlsruhe, 1. August 1839.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe den 10. August 1839.

I.

Obergerichtärztliches Gutachten.

Wegen Tödtung.

Sonntags den 28. Mai 1837, Vormitternachts 11 Uhr, wurde der vor 42 Jahren geborne Bürger und Bauer ... vor seinem Hause in ... mittelst eines Prügelstreiches auf den Kopf zu Boden niedergeschlagen, von den sogleich herzugekommenen Scharwächtern in einem bewußtlosen röchelnden Zustande aufgehoben und in seine Wohnung getragen, starb der Unglückliche binnen wenigen Minuten.

Den 29. Mai Nachmittags entdeckt die vom Physikate ... gesetzlich unternommene äußere und innere Besichtigung an der Leiche folgende Verletzungen: auf der Mitte der Stirne eine 2″ im Umfang betragende mißfarbige, unterlaufene Hautstelle, in der Gegend der Schuppennaht des linken Schläfenbeins eine blauroth fugillirte, breithin angeschwollene Quetschung; nach eingeschnittener, allgemeiner Hautdecke erscheint an der linken Schläfe, zwischen der Sennenhaube und der Beinhaut des Schädels 2 ʒ ergossenen Blutes und zwischen Beinhaut und dem Schädelknochen 2½ ʒ ebenfalls ausgetretenen gestockten Blutes, aus mehreren Splitterbrüchen des linken Seitenwandbeins quellen etwa 5—6 ʒ Blut hervor, ein durchdringender Schädelriß erstreckt sich vom Gehörgang des linken Schäfenbeins quer über das linke und rechte Scheitelbein bis in das rechte Schläfenbein hinüber, zwei andere Knochenbrüche des linken Seitenwandbeins erstrecken sich eines Theils nach vornen und oben zur Pfeilnaht, andern Theils nach rückwärts zum Hinterhauptbein und rechten untern Scheitelbein; nach durchsägtem Schädelgewölbe zerfallen das linke Schläfebein und der benachbarte Theil des angrenzenden linken Seitenwandbeins in sieben einzelne Knochenstücke, welche sammt den beiden größern quer durch die Säge getrennten Stirn und Hindertheilen des Schädels den Akten anliegen, die venösen obern und seitlichen Blutbehälter sind zersprengt und entleert, auf beiden Halbkugeln des großen Gehirns sind 4 ʒ Blut ergossen, das Gehirn selbst ist unverletzt, vom linken innern Gehörgang zieht sich bis in die vordere Grundfläche des Schädels durch das Felsenbein und einen Flügel des Keilbeins ein 2″ langer Knochenriß; die in der Brust und Bauchhöhle eingeschlossenen Theile sind in gesundheitgemäßigem Zustand.

In dem Schlußgutachten vom 19. Juni erklären die Gerichtsärzte die obigen Kopfverletzungen für absolut lethal, fügen jedoch noch die Bemerkung hinzu, „daß der ganze Habitus des Schädelbaues des jählings Erschlagenen der Proportion seines Alters von 42 Jahren, gemäß seine gewöhnliche Dichtigkeit nur zur Hälfte erreicht haben möge — eine Schädelbau-Individualität, welche, obwohl selten, jedoch nicht zu bezweifeln sei, weswegen die oberen Theile dieses Schädels den Akten beigelegt worden seien."

In der Oberbegutachtung dieser Tödtung hebe ich zuvörderst heraus, daß an der besichtigten Leiche zwei getrennte Verletzungen am Kopf aufgefunden wurden, eine mißfarbig unterlaufene Hautstelle auf der Mitte der Stirne und eine ähnliche breitere auf der linken Schläfengegend. Da nun der eingeständige Thäter vorgibt, nur einen einzigen Prügelstreich auf den Kopf seinem Gegner vor dessen Hause beigebracht zu haben, und dieser in derselben Nacht bei einer kurz zuvor auf der Straße vor dem Kreuzwirthshaus stattgehabten Rauferei Antheil nahm, so mag es dem urtheilenden Richter von Wichtigkeit seyn, ärztlich entschieden zu sehen, welche dieser beiden Kopfverletzungen die tödtliche geworden ist.

Wenn ich nun überdenke, daß das den Akten anliegende Stirnbein unverletzt geblieben ist, daß aber alle die beschriebenen Knochenbrüche und Risse von der linken Schläfe entspringen und aus dieser Richtung nach vornen, hinten und oben rechtshin über das obere Schädelgewölbe sich hinziehen, daß endlich der Verletzte, laut Eingeständnisses des Thäters nach erhaltenem Schlag, augenblicklich zu Boden niedergestürzt ist, so müssen alle etwaigen Zweifel schwinden und die unumstößliche Gewißheit hervorgehen, daß die Stirnverletzung, sei sie durch einen früher erlittenen Schlag oder nur durch den plötzlichen Fall des Körpers mit der Stirne auf das Straßenpflaster entstanden, als unschuldig an dem erfolgten Tod zu betrachten ist, und daß nur der von dem In-

Digitized by Google

kulpaten vor der Wohnung seines Gegners vollführte letzte Schlag die nächste und alleinige Ursache des erfolgten Todes enthalte. Hätte der Erschlagene diese jedenfalls tödtlich gewordene Prügelstreichverletzung auf der linken Kopfseite schon während dieser frühern Schlägerei erhalten, so wäre es demselben unter den dadurch verursachten vielfachen Zertrümmerungen des Schädels völlig unmöglich gewesen, sich aufrecht zu erhalten, sich nach Hause zu begeben und dann noch selbst sich bewußt, seinen verfolgenden Feind an der Brust zu fassen. —

Durch diese angebliche Beleidigung wurde der von geistigen Getränken erhitzte, im kräftigen Alter von 28 Jahren stehende Landbauer neuerdings gereizt, so daß er unvorbedacht und unvorsätzlich in überwallender Willensthätigkeit, mit dem 1 Pfund 3 Loth schweren, 2½′ langen, 1½″ dicken, gebogenen, mit einem hervorstehenden Astknorren versehenen Aspenholzprügel, den heftigen Streich ausübte. Dieser eine gewaltige Schlag mit so beschaffenem Werkzeug zerschmetterte das obere knöcherne Schädelgewölbe nach den verschiedensten Richtungen, zersprengte in fortgesetzten Schwingungen das innere Felsen- und Keilbein (die Leiche blutete aus dem linken Ohr), zerriß die mit der dura mesiex an die innere Schädeldecke gehefteten venösen Blutbehälter, daß sie in tödtlichem Strome ihr enthaltenes Blut lastend über das Gehirn ergossen und erschütterte im höchsten Grade die zart und fein aneinander gereihten, nun gezerrten Marktheile des Seelenorgans, dessen innere Lebensthätigkeit solchen gewaltsamen Eingriffen nicht widerstehen konnte, — die Seele, sie war gezwungen zu verlassen ihr zerschlagenes gestörtes Gehäuße.

Leider kann ich dem Physikate nicht beistimmen, wenn dasselbe den anliegenden obern Schädel zur Hälfte für zu dünn erklärt, ich meines Theils halte denselben nicht unter der angemessenen geregelten Dicke. Unglücklicher Weise traf eben der Schlag wahrscheinlich mit dem nach außen hervorstehenden härteren Astknorren dorthin auf, er traf auf die Schläfe, wo schon normal mit Ausnahme der innern knöchernen Augenhöhle die Schädeldecke am dünsten ist. Derselbe Prügelstreich zersprengte jedoch in einer Länge von 2 Zoll das nach einwärts und unten im Schädel liegende sehr dicke, außerordentlich harte, das Gehörorgan fest verschließende Felsenbein, er muß also von dem aufgeregten Thäter mit solchem Kraftaufwand vollführt worden seyn, daß er auch einen dickern Schädel zerschmettert und den Tod zu stand gebracht hätte. Der Gerichtshof wird wohl gewiß in der Betrunkenheit (jedoch nur geringeren Grades) und in den andern Verhältnissen des gesammten thäterischen Thatbestandes, dessen Beurtheilung hier außer meiner Befugniß liegt, hinlänglich andere Milderungsgründe auffinden, welche Hochdenselben bestimmen dürften, von der gesetzlich angedrohten Strafe herabzugehen. — Die Leichenöffnung hat unzweifelhaft herausgestellt, daß diese gewaltsam durch fremde Hand zugefügten Kopfverletzungen, als wirkende Ursache den Tod des im übrigen völlig gesunden Verletzten hervorgebracht haben.— Der objektive Thatbestand der Tödtung ist demnach sicher erwiesen. Zum Behufe der Zumessung von Schuld und Strafe darf ich ferner ärztlich die Behauptung aussprechen, daß dieser eine Streich auf den Kopf die Absicht der Tödtung offen nicht darlegt, weil mit diesem gebrauchten, von weichem Holz bestehenden, im Verhältniß dünnen, in meiner Hand ungeschickt gebogenen und leichten Werkzeug nicht so leicht ein Todschlag bewirkt werden kann, so daß es nach unserm Strafedikt nahehin ein unschädliches genannt werden dürfte. Indessen mußte der Thäter nach gemeinem Menschenverstand wissen, daß durch rohes, sorgloses, kraftvolles Zuschlagen mit dem damals noch grünen schwereren Holze, der Tod möglicherweise erfolgen konnte. Dieser erfolgte auch hier in der That, unmittelbar, unausbleiblich, beinahe augenblicklich; ich muß daher, eine ungewöhnliche, besondere Körperbeschaffenheit nicht berücksichtigend und nicht anerkennend, in Bestimmung des Grades der Tödtlichkeit, diese tödtliche Kopfverletzung als eine unbedingt und nothwendig tödtliche gerichtlich bezeichnen.

Sander, Dr.
Medizinalreferent in Rastatt.

II.

Obergerichtärztliches Gutachten.
Wegen Tödtung.

Am Morgen des 21. März 1836 wurde der 58 Jahr alte Bürger und Schäfer ... von ... einige hundert Schritte von dieser Stadt entfernt und unweit seiner Schäferhütte auf einem Feldweg liegend, bewußtlos und am Kopf verletzt aufgefunden. Ein herbeigerufener Arzt verordnete einen kühlenden, umstimmenden Wohlverleiabsud. Um 10½ Uhr des Vormittags erschien das Physikat ... mit der amtlichen Untersuchungsbehörde, die gerichtliche Besichtigung liefert folgendes Ergebniß: 1) auf der linken Seite des Hinterkopfes 1″ 7‴ von der Ohrmuschel entfernt, ist eine zackig eingerissene, stumpf gerandete, beinahe rechtwinkeliche Wunde, deren Spitze nach unten steht, und deren Schenkel je ein Zoll messen; in einem Umfang von 3″ 7‴ ist diese Wundstelle eingedrückt, welche Vertiefung 2½″ beträgt, die Wundränder klaffen 2‴ breit und zwischen denselben findet an einer 6‴ tiefen Stelle die eingeführte Sonde keinen festen Widerstand, sondern gelangt anscheinend unmittelbar auf das unten und innen liegende Gehirn.

2) Auf dem mittlern Theil des Hinterkopfs, in der Gegend der Lambdanaht, ist eine zackig gerandete, kreuzförmig aufgerissene 12 und 13‴ lange, ½‴ breite und 4‴ tiefe, bis

Digitized by Google

auf den entblößten Schädel eindringende Wunde. — Die Wunden werden durch Einschnitte erweitert, wobei Schmerzgefühl sich zu erkennen gibt, während des Aufhebens der Lappenwunde Nr. 1 kann man weder durch das Gesicht noch durch das Gefühl das Vorhandenseyn der knöchernen Schädeldecke in einem Umfang von beiläufig 2″ wahrnehmen, und es bot sich das Gehirn selbst sowohl dem Auge als dem Gefühle dar. (?) Der Verletzte liegt im tiefen, nicht erweckbaren Schlaf, das Athmen wird schnarchend, nach auseinandergeschobenen Augendeckeln erscheinen die Sehen erweitert, unempfindlich gegen das einfallende Licht, der Blutstoß ist aufgeregt (ireitirt), die Hautwärme in etwas vermehrt. Mit kalten Umschlägen, mit der vorhandenen Arznei wird fortgefahren und ein eröffnendes Klystir verordnet. Ohne andere Hülfe erfolgt des andern Tags, Morgens 8 Uhr, der Tod.

Der gerichtliche Leicheneinschnitt zeigt unter der Sennenhaube auf dem linken Scheitel „Schläfen" und Hinterhauptbein zwei äußere Blutergüsse, nachdem die Kopfschwarte nach unten ganz von den Knochen losgelöset ist, so erscheint der Wunde Nr. 1 entsprechend eine 6″ im Umfang haltende Vertiefung, welche zum Theil von den Knochen entblößt zu seyn scheint, (?) auf dem linken Scheitelbein 1½″ von der Schuppennaht des Schläfenbeins entfernt, ist eine ½″ breite, durchdringende, von der Lambda bis zur Kronnath 4″ 7‴ sich erstreckende Schädelspalte, eine andere durchdringende Knochenspalte erstreckt sich 2″ in der Länge von der Lambda zur Pfeilnaht, an dem angulo mastoideo des Scheitelbeins ist ein dreieckiges 3″ 7‴ im Umfang meßendes, abgebrochenes Knochenstück, das obere Schädelgewölbe ist an der dicksten Stelle 3‴ dick, an der dünnsten 1½‴, auf der harten Hirnhaut, unter den linkseitigen Schädeleinrissen, ist ein Bluterguß 11 Zoll im Umfang, die Gefäße des Gehirns sind strotzend von Blut, die Blutleiter mäßig erfüllt, auf der untern Fläche des hintern linken Hirnlappens der äußern Wunde Nr. 1 entsprechend, ist eine 1½‴ nach innen sich erstreckende, 4″ im Umfang haltende Zerstörung der hier stark gerötheten Hirnsubstanz, auf der Grundfläche des Schädels ist blutige, 2 Unzen betragende Flüssigkeit ergossen; nachdem an der vertieften Schädelstelle die dura mater genau losgelöset ist, nimmt man vier Knochenfragmente wahr, welche theils durch den hintern untern Theil des linken Scheitelbeins, theils durch den obern linken Theil des Hinterhauptbeins gebildet werden, nach Hinwegnahme dieser Knochenstücke hatte die so entstandene Schädelöffnung einen Umfang von 6″ 2‴, von dieser Stelle 1″ über dem äußern Ohr anfangend, verlauft eine 1‴ breite, von hinten nach vorn, zwischen dem Schuppentheil und der vordern Felsenbeinfläche des linken Schläfenbeins über den Pferdesattel bis zum rechten Keilbein sich erstreckende innere Knochenspalte; — die in Brust- und Bauchhöhle gelegenen Körpertheile darbieten nichts regelwidriges.

Das Physikat erklärt in dem Endgutachten vom 15. März d. J. die äußere Wunde Nr. 1. sammt der innern mit ihr in Verbindung stehenden Verletzung für absolut lethal. — Der angeschuldigte Thäter ist in Begleitung seines Brudees in jener Nacht zum Kartoffelstehlen ausgefahren, man fand auf jenem Feld ein geöffnetes Kartoffelloch und einen bereits eingeladenen Sack, nach außergerichtlicher Angabe hat jetzt der Thäter dem herbeigekommenen Schäfer mit der zu handen habenden Reuthaue, zwei Streiche auf den Kopf beigebracht und die Worte dann gesprochen, „dort liegt er," der wird nicht mehr viel schwätzen, oder gar nicht. Die beiden von einander getrennten äußern Kopfwunden und die stumpfzackige Beschaffenheit der Wundränder bestätigen diese Angabe, mittelst des gekehrten, mit eisernem Band beschlagenen Stieles eines solchen schweren in Schwung gesetzten Werkzeugs, konnte der lebenkräftige 37 Jahr alte Thäter, recht füglich diese Verletzung hervorbeingen, welche an sich schon die Absicht der Tödtung zu beweisen scheinen.

Der in die linke Hinterkopfseite zugefügte Schlag zerschmettert jetzt des obere Schädelgewölbe in vielfachen Richtungen und einzelnen Brüchen, erschütterte das ganze Gehirn, und insbesondere der im Gegenstoß vom Felselbein die untere Fläche des hintern linken Hirnlappens, daß dessen Bestandtheil in weitem Umfang verletzt ward, zerriß die Schädel- und Hirngefäße, daß das ergießende Blut von oben und unten einen Hirndruck verübte, und zersprengte im Grunde des Schädels nach innen und unten das linke Schläfen- und Keilbein bis zur rechten Seite hinüber. Solche vielfache ausgedehnte Zerstörungen ober-, unter- und innerhalb des Schädels mußten nach den Gesetzen der menschlichen Körperanordnung der Fortdauer des Lebens ein nahes Ziel setzen, der Tod erfolgte nach etwa 32 Stunden. — Um diesen unglücklichen Ausgang verhüten zu suchen, hätte übrigens das Physikat viel kräftiger, als geschehen, zu Werk gehen sollen. Der ächten Heilkunst entspricht es nicht, einen solchen am Kopf gefährlich verletzten Menschen, der 21 Stunden der ärztlichen Behandlung vorlag, mit Salpeter und arnica, mit kalten Umschlägen und Klystiren dem Schicksal zu überlassen. Bei dem augenscheinlichen Hirndruck, bei erfahrunggemäßer Blutüberfüllung im Gehirn, nach solchen Kopfverletzungen, bei dem aufgeregten Blutstoß mußte nothwendig sogleich eine Ader eingeschnitten werden, dann wäre wahrscheinlich der Schlummersüchtige aufgewacht, und hätte vom Untersuchungsrichter amtlich vernommen werden können. Ferner hätte die linkseitig eingedrückte Schlagwunde, in welcher man

Digitized by Google

mit dem Finger gewiß das Rauschen der Knochenfragmente fühlen konnte, viel tiefer und mehr nach seitwärts aufgeschlitzt werden sollen, dann hätte man die getrennten Knochenstücke auslösen und entfernen können, dann wäre das Gehirn von dem oben auf der dura lastenden Blutdruck größtentheils befreit worden. Mir ist ferner die abweichende, in wesentlichen Merkmalen verkürzt hier eingetragene Beschreibung dieser Wunde, sowohl bei der Besichtigung im Leben als im Tod völlig unverständlich. Wie kann man denn mit dem Auge und dem Gefühle das Gehirn wahrnehmen, wenn die oben aufliegende dura mater unverletzt ist, deren Verletzung nirgends bezeichnet wird? Wo sollen denn die Knochenfragmente sich befunden haben, da die 6" im Umfang haltende Vertiefung bei der Sektion zum Theil von Knochen entblößt schien? Ich meine, bei der Sektion, in welcher das Zagen und die Ungewißheit aufgehört hat, soll man doch wirklich und nicht nur scheinbar sehen, ob die Knochenstücke getrennt, verschoben in die dura eingedrückt oder in das Gehirn eingestoßen sind? Eine zweckgemäße Kunsthülfe hätte freilich das Leben hier dennoch nicht gerettet, da die untere Fläche des hintern Hirnlappens verletzt war, da ein innerer, durch nicht zu entfernenden Blutdruck von unten herauf, stets tödtlich werdender Knochenriß in der Schädelgrundfläche mitbestand. Wußte aber das Physikat während des Lebens des Verletzten diese innere Zerstörungen? Gewiß nicht — der Versuch zur Lebensrettung war also immerhin strenge gefordert.

Zum Zweck der Strafrechtpflege bietet diese gewaltsam durch fremde Hand zugefügte, an sich durch die Erscheinungen während des Lebens und durch den Sektionsbefund gefährlich gewesene und durch den Tod tödtlich gewordene Kopfverletzung, dem Arzt zureichenden Grund dar, in ihr die wirkende Ursache des Todes enthalten zu finden, sie ist also gerichtlich eine tödtliche, mit welcher daher der angethane Thatbestand des Verbrechens der Tödtung erwiesen ist. Im Falle jetzt auch der thätersche Thatbestand erwiesen werden kann, so liegt mir zur theilweisen Bemessung der Strafe noch ob, mich über die genaue Beschaffenheit des tödtlichen Erfolgs dieser Verletzung auszusprechen. Erwäge ich nun in der Hauptsache diese von dem Schläfenbein bis über den Pferdesattel in Schädelgrund sich erstreckende Knochenspalte in ihrem von der Kunst unabwendbaren tödtlichen Erfolg, so enthaltet diese Verletzung die nothwendige Ursache des Todes, weswegen ich dieselbe als eine unbedingt und nothwendig tödtliche Verletzung bezeichne.

Sander, Dr.
Medizinalreferent in Rastatt.

III.

Zum Art. 2, §. 384 a und b der Prozeßnovelle.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises sprach sich in seinem letzten, an das Großh. Justizministerium erstatteten Jahresberichte, darüber aus: daß die Vorschrift der Novelle §. 384 a und b in den Fällen, wo viele Streitgenossen bei einem Prozesse betheiligt sind, sehr nachtheilige Folgen für die Rechtspflege hervorgebracht habe, indem nicht nur die Kanzleigeschäfte sehr vervielfacht, sondern auch die Kosten der Ausfertigung und Zustellung von Urtheilen bedeutend vermehrt wurden.

Es wurde daher der Vorschlag gemacht, die Streitgenossen aufzufordern, zur Ersparung der Kosten einen speziell Bevollmächtigten Insinuationsmandatar zur Behändigung der Urtheilsausfertigung mit der Wirkung aufzustellen, daß das Urtheil als ihnen selbst, nach Vorschrift des §. 384 a verkündigt gelte. Um aber die Erfüllung dieser Auflage nicht in die Willkür der Parteien zu stellen und sie dadurch illusorisch zu machen, sollte (durch einen dem §. 384 weiter beizufügenden Zusatz) das Präjudiz angenommen werden, daß andernfalls von Gerichtswegen auf ihre Kosten ein solcher Bevollmächtigter aufgestellt werden würde.

Außerdem ward noch die Frage in Anregung gebracht: ob der nur von Urtheilen sprechende §. 384 a und b blos von Endurtheilen oder im Vergleich mit dem 19ten Titel der Prozeßordnung auch von Zwischenurtheilen zu verstehn sei?

Das Hofgericht selbst erklärte sich dafür, daß die ratio legis nur auf Enderkenntnisse, aber keineswegs auf Zwischenurtheile passe, welche der Appellation nicht unterliegen, und stellte deshalb den Antrag: daß der §. 384 a und b durch einen Zusatz auf solche Urtheile beschränkt werde, gegen welche die Appellation Statt findet.

Darauf wurde unterm 5. April 1839 von Großh. Justizministerium rescribirt:

„Eine Abänderung der §§. 384 a und b der Prozeßordnung könnte natürlich nur im gesetzlichen Wege erfolgen, darauf schon jetzt höchsten Orts anzutragen, kann man die Gründe nicht für hinlänglich erachten. Denn eines Theils hält man die auch von dem Großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises einstimmig angenommene Ansicht für richtig, daß die gedachten Paragraphen nur für Endurtheile, nicht für Zwischenurtheile gelten; andern Theils aber sind die Kosten für die Urtheilsausfertigung, auch wenn sie bei einer großen Anzahl Streitgenossen im Ganzen einen erheblichen Betrag erreichen, für den Einzelnen doch nicht drückend, die Belästigung für die Kanzlei kann durch eine mechanische Vervielfältigung der Ausfertigungen leicht vermieden werden, und endlich haben die Streitgenossen, wenn sie wollen, Mittel in den Händen, um solche unnöthig zu machen. Sie brauchen nämlich zu diesem Ende nur das dominium litis Einem aus ihrer Mitte zu übertragen, und es versteht sich dann von selbst, daß auch die Behändigung des Endurtheils nur an diesen zu geschehen hat. Bayer.

IV.

Ueber ausschließliche Schafweidgerechtigkeit.

Löwenstein gegen Rosenberg.

Unter dieser Rubrik wollte die Ausschließlichkeit des Schafweiderechts wieder aus dem Gutsherrlichkeitsverhältniß, und namentlich aus der Handlohnpflichtigkeit der Rosenberger Gemarkung abgeleitet werden. Die klagende Standesherrschaft unterlag jedoch durchgehends und zwar in der Appellationsinstanz aus dem Grunde, weil sie den ihr auferlegten Beweis: daß sie von sämmtlichen weidpflichtigen Gütern der Gemarkung Rosenberg einen Handlohn zu beziehen habe — nicht führen konnte, und im Rechtszuge der Appellation darum, weil die von dem höchsten Gerichtshof sub rubro: Leiningen gegen Schillingstadt — (Annalen von 1837, Nr. 12) geltend gemachte Ansicht auch hier wieder festgehalten wurde. Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. | Nro. 33. | Karlsruhe den 17. August 1839.

I.

Versuchte Tödtung.

(Eine vermeintlich vollführte That).

Am 8. Februar d. J. begab sich der Pfarrer zu Bammenthal, Mittags um 12 Uhr, nach Meckesheim und ließ seine Dienstboten, nämlich Christian Wittmann und Elisabetha Pommert, allein im Hause zurück, indem er ihnen anbefahl, auf solches recht acht zu geben. Bei seiner Abfahrt fragte ihn der Knecht Wittmann, was er sonst nie gethan, um die Zeit der Rückkunft. Der Pfarrer, welchem diese Frage nicht besonders auffiel, gab ihm zur Antwort, daß er wahrscheinlich Abends zwischen 7 und 8 Uhr nach Haus kommen würde. An eben diesem Abend gleich nach 6 Uhr stürzte die Elisabetha Pommert blutend in die Wohnstube ihres Nachbarn Friedrich Fromm und sank, vom Blutverluste geschwächt, auf eine Kiste nieder. Fromm eilte ihr zu Hilfe und fragte, was denn geschehen sei, worauf sie erwiederte, der Knecht des Pfarrers habe sie in den Hals geschnitten.

Fromm machte von diesem Vorfall dem Bürgermeister schleunige Anzeige, welcher sofort zu der Verwundeten eilte, sich von dort in das Pfarrhaus verfügte, die Bewachung desselben anordnete und hiernächst einen Expressen nach Neckargemündt schickte, um das Amt und Physikat herbei zu rufen. Fast um die nämliche Zeit erschien Wittmann bei dem andern Nachbar Bartholomäus Häuser, welchen er öfters zu besuchen pflegte, und forderte denselben auf, mit ihm zu gehen, da ihm jemand gemeldet, daß sein Herr, welcher nach Meckesheim gefahren sei, umgeworfen habe. Beide begaben sich hierauf an den Ort, wo der Pfarrer umgeworfen haben sollte, fanden aber nichts. Sie gingen sodann gegen Mauer hin und bis nach Wiesenbach zurück, um dort den Pfarrer zu suchen. Als sie ihn aber auch da nicht fanden, schlugen sie den Heimweg ein. Da Wittmann öfters seufzte, so vermuthete Häuser, daß derselbe starke Gemüthsbewegungen habe. Kurz vor Bammenthal begegneten sie einem Reitenden, welcher ihnen sagte, er müsse nach Neckargemünd, um den Arzt und das Amt zu holen, weil der Magd des Pfarrers der Hals abgeschnitten worden sei. Der Reitende warf dem Wittmann zugleich vor, daß er es gewesen sei, der dieß gethan habe. Wittmann verschwor sich aber hoch und theuer, daß er diese That nicht verübt und ging in die Frommsche Wohnung, weil er gehört, daß die Magd dort liege.

Nach Abfertigung des Expressen hatte sich der Bürgermeister zum zweitenmal in das Frommsche Haus begeben, wo sich alsbald auch Wittmann einfand, welcher die Pommert unter Thränen fragte, was ihr passirt und wer sie so traktirt hätte, worauf ihm dieselbe mehrmal ins Gesicht behauptete, daß er es gewesen, der sie habe todtstechen wollen. Der Bürgermeister ließ hierauf den Wittmann, obgleich dieser standhaft läugnete, in den Arrest abführen und verfügte sich später selbst dahin, den Beschuldigten ermahnend, die Wahrheit zu sagen, worauf ihm derselbe endlich eingestand, daß er es sei, der die Pommert verwundet habe. Er habe nämlich vor einiger Zeit einen kleinen Thaler vom Pfarrer geschenkt bekommen, worüber ihm die Pommert gram geworden sei. Ueberdies habe ihm dieselbe vorgeworfen, daß sie von ihm schwanger sei, was doch nicht wahr wäre, denn die Pommert sei mit anderen Purschen herumgezogen.

Das nämliche gestand Wittmann auch dem Häuser, welcher ihn nach dem Bürgermeister im Arrest besuchte, und erzählte demselben noch weiter, daß er die beiden Uhren des Pfarrers in sein Sacktuch gewickelt und unter das Hofthor versteckt habe, was er dem Pfarrer ausrichten soll. Häuser hat dieß dem Pfarrer auch richtig gemeldet.

Mittlerweile war die Untersuchungscommission in Bammenthal eingetroffen, welche sogleich zur Legalinspection schritt. Hiebei zeigte sich a) eine Querschnittwunde, 7 Linien tief und 5 Zoll lang, gerade über den Kehlkopf hin, ohne jedoch denselben verletzt zu haben, obgleich beinahe die ganze Muskulatur durchschnitten war. b) Oberhalb dieser Wunde eine andere 1½ Zoll lange und 5 bis

Digitized by Google

6 Linien tiefe Schnittwunde. Außerdem hatte die Vulneratin an beiden Daumen noch unbedeutende Hautverletzungen, welche dem Anschein nach durch ein Messer beigebracht waren. Die Verwundete war durch großen Blutverlust sehr geschwächt. Die Gerichtsärzte erklärten vorläufig, daß zur Heilung der Halswunden ärztliche Hilfe unbedingt erforderlich sei.

Als der Bürgermeister aus der Frommschen Wohnung in das Pfarrhaus herübergekommen war, fand er im unteren Stock die Stubenthüre geöffnet und in dem Wohnzimmer, wie in dem Nebenzimmer, ein Licht stehn. In dem letzteren stand auf dem Tische das Nachtessen, bestehend in Milch und Kartoffeln. In der Kammer, welche an das Nebenzimmer stoßt, entdeckte der Bürgermeister Blutspuren und in der Kammer der Vulneratin eine bedeutende Masse von Blut, bei welchem ein Paar Schuhe und der Schlafrock des Pfarrers lagen. In der vorderen Kammer lag der Haarkamm der Pommert. — Die amtliche Commission fand bei dem gleich nachher vorgenommenen Localaugenschein noch alles in dem so eben beschriebenen Zustande und überzeugte sich insbesondere, daß der Schlafrock, welcher nach Versicherung des Pfarrers bei seinem Weggange an der Thüre seines Nebenzimmers hing, ganz mit Blut getränkt war.

Eben so wurden die beiden Uhren, eine goldene und eine silberne, nebst einem Holzsplitter, welcher von einem Möbel herzurühren schien, in ein roth baumwollenes Sacktuch eingewickelt, an der von dem Inculpaten bezeichneten Stelle vorgefunden und von dem Pfarrer als die seinigen mit dem Bemerken anerkannt, daß er die beiden Sackuhren, welche oder der Bettstatt gehangen, bei seiner Abends um 9 Uhr erfolgten Nachhausekunft vermißt habe. Den anderen Morgen entdeckte der Pfarrer in seinem an die Wohnstube stoßenden Kabinet auf der Kommode, worin er sein Geld aufzubewahren pflegte, ein großes ihm angehöriges Hackmesser und auf der Oberfläche, zunächst der Schublade, zwei Hiebe, welche von diesem Messer herzurühren schienen, nebst zwei Splittern, die mit dem im Sakuch bei den Uhren vorgefundenen dritten Splitter sehr genau in die Hiebe paßten. Hiezu bemerkte der Pfarrer noch, daß er vor etwa 14 Tagen ein heimgefallenes Kapital von 1000 fl. im Beisein seines Knechts, welcher das Geld in erwähntes Kabinet getragen, in die obere Schublade seiner Kommode gelegt habe.

Der Pfarrer konnte sich nicht erinnern, jemals ein Messer bei seinem Knechte gesehn zu haben. Man fand indessen am 9. Februar in der Stube des Gesindes unter einem Kasten ein wahrscheinlich auf einem Sandstein frisch geschliffenes Tischmesser, welches der Pfarrer nicht kannte. Etwa einen Schuh von diesem Kasten entfernt machten sich auf dem Boden zwei Blutstropfen bemerklich, während an dem Messer nichts dergleichen ersichtlich war.

Auf Vorzeigen dieses Messers erklärte die Vulneratin, daß sie solches seit etwa 6 Wochen vermisse; sie habe es meistens in der Küche benützt, aber nicht so geschliffen, wie es jetzt sei. Das Hackmesser will sie ebenfalls in der Küche gebraucht haben, um kleines Holz damit zu machen.

Den Anlaß und Hergang der Verwundung erzählte die Pommert folgendermaßen.

„Wittmann sagte mir am 8. d. M., daß sich der Pfarrer geäußert, wie es komme, daß meine Mutter jeden Abend mich besuche. Meine Mutter kam nemlich ein paar Tage vorher jeden Abend zu mir mit ihrem Spinnrade. Ich sagte nun dem Wittmann, ich wolle zu meiner Mutter gehen und ihr sagen, daß sie am Abend nicht kommen sollte, weil es etwa der Pfarrer nicht gern haben könne, worauf er mir rieth, ich solle dies thun. Abends nach 5 Uhr, als es schon dunkel war, kam ich in das Pfarrhaus zurück, nahm die Kartoffeln aus dem Ofen und stellte dieselben auf den Tisch, welcher in der Wohnstube neben der Stube des Pfarrers steht. Dem Wittmann, welcher in dem zuletzt genannten Zimmer sich befand, und durch die Fensterscheiben sah, rief ich, er solle zum Nachtessen kommen. Da Wittmann aber nicht kam, so setzte ich mich an den Tisch und schälte mir einige Kartoffeln. Die Zimmerthüren standen offen. Auf einmal kam Wittmann unter die Thüre und sagte zu mir, ich sollte zu ihm in das Zimmer des Pfarrers kommen. Dabei bemerkte ich, daß derselbe den Schlafrock des Pfarrers an hatte, was mir nicht auffiel, da er ihn schon manchmal angezogen hatte und Possen machte, wenn der Pfarrer nicht zu Hause war. Wie ich nun in dem Zimmer des Pfarrers stand, packte mich Wittmann von hinten und that, als wolle er mich liebkosen. Ich fühlte aber gleich, daß er ein Messer in der Hand hatte und mir mit demselben an den Hals fuhr, wodurch ich jedoch nur leicht geritzt wurde. Ich sagte zu ihm, was willst du Spitzbub mit dem Messer, und habe mich mit Gewalt von ihm losgemacht. Ich floh in das Nebenzimmer und rief laut um Hülfe. Wittmann sagte aber ein paarmal zu mir: Lisbett schweig', und that, als wolle er mir nichts mehr thun. Ich traute ihm aber nicht und bin in die Nebenkammer gegangen, um dort um Hilfe zu rufen. Wittmann folgte mir aber gleich und steckte mir seine zwei Finger in den Mund, damit ich nicht mehr schreien soll; ich habe ihm aber auf dieselben gebissen, worauf er die Hand zurückzog, mich am Halse packte und würgte. Ich wehrte mich gegen ihn etwa 4 Minuten, bis ich mich wieder von ihm losgerissen habe und bin sodann in die hinterste Kammer geflüchtet. Wittmann folgte mir auf dem Fuße nach, warf mich dort zu Boden, kniete auf mich und schnitt mir mit einem Messer in den

Digitized by Google

Hals. Nachdem ich nun stark blutete und erschöpft war, nahm er mich bei den Haaren und schüttelte meinen Kopf hin und her, daß das Blut recht von mir gehen könne. Hierauf griff er mir mit seiner Hand in die klaffende Wunde und als er nun glaubte, daß ich todt sey, zog er den Schlafrock des Pfarrers aus, deckte ihn über mich und ging weg wieder in die Wohnstube des Pfarrers. Ich habe nie meine Besinnung verloren und deßhalb gleich mein Halstuch fest um den Hals gewickelt, um das Blut zu stillen. Noch eine Zeitlang bin ich auf dem Boden in meinem Jammer liegen geblieben. Wie ich nun gehört, daß Wittmann in die Wohnstube des Pfarrers ging, habe ich meine Schuhe ausgezogen, damit er nicht hören solle, wohin ich gehe, und bin die Treppe herunter und aus dem Pfarrhaus fortgespeungen, nachdem ich zuvor die Hausthüre zugeschlagen, damit Wittmann mir nicht folgen könne. Um Hilfe zu suchen, bin ich in die Wohnung des Fr. Fromm geeilt, weil Niemand in dem Pfarrhause war, als Wittmann mich verwundete. Wie ich das Pfarrhaus verließ, war Wittmann noch in der Stube des Pfarrers und ging daselbst auf und ab. Mit was für einem Messer mich Wittmann verwundete, weiß ich nicht. Den Tag zuvor habe ich aber gesehen, daß er ein kleines Sackmesser bei sich trug. Mit Wittmann stand ich früher in ganz gutem Vernehmen. Vor etwa 8 Tagen warf ich ihm nun vor, daß ich von ihm schwanger sei, was er aber hartnäckig gegen mich läugnete. Unterdessen habe ich ihm mehrmal vorgeworfen, daß er mich geschwängert, und ich that dies gestern Abend noch. Wittmann hat immer geläugnet, mir aber dabei nicht gedroht. Ich glaube, daß er mich verwundete, um mich zu tödten, damit es nicht heraus kommen solle, daß ich von ihm schwanger sei. Sein Betragen am Tage der Verwundung war ganz ruhig und ich bemerkte vorher nichts Auffallendes an ihm. An diesem Tage habe ich ihm auch wegen meiner Schwangerschaft keine Vorwürfe gemacht.“ —

Uebrigens gab die Vulneratin noch an, daß sie 8 Tage vor Michaelis v. J. schwanger geworden sei. Bei der körperlichen Untersuchung, welche am 30. März d. J. zuerst durch die Hebamme und dann durch den Landchirurgen vorgenommen wurde, stellte sich auch heraus, daß sie wirklich seit 25 bis 26 Wochen schwanger seyn möge.

Christian Wittmann, den 22. Juli 1819 zu Adelsheim geboren und seit Weihnachten 1838 beim Pfarrer zu Bammenthal als Knecht in Diensten, gestand gleich im ersten Verhöre am Abende nach der That, daß er die Magd gestochen, weil sie ihn seit einiger Zeit mehrmalen geneckt und ihm gesagt habe, daß sie beim Pfarrer mehr gelte als er; denn sie hätte letzthin einen kleinen Thaler vom Pfarrer bekommen und er nicht. Ferner habe sie ihm mehrmalen vorgeworfen, daß sie schwanger von ihm sei. Dies habe sie auch heute wieder gethan, worauf er sie mit seinem Sackmesser in den Hals geschnitten, damit sie ihr Maul halte. Im Uebrigen wich er von dem bisher angeführten Sachverhalt vielfach ab und gab als Grund, warum er den B. Häuser in der Irre herumgeführt habe, den an, damit man ihn, den Inquisiten, nicht im Pfarrhaus antreffe. Die Uhren wollte er deßwegen von der Wand genommen und in seinem Sacktuch am Hofthor versteckt haben, damit sie nicht, wenn auf die Nachricht von der Verwundung der Pommert viele Personen im Pfarrhaus zusammen laufen, von Jemand anders gestohlen würden.

Während dieses Verhörs zeigte Wittmann keine Reue übee die begangene That und schien dem Inquirenten gleichgültig.

Der Pfarrer sagte aus: in seiner Gegenwart sei Wittmann gegen die Pommert verträglich gewesen; in ihrer Abwesenheit aber habe sie derselbe bei ihm zu verschwärzen gesucht, behauptend, sie hätte schon mehrmal einen unsittlichen Lebenswandel geführt. *) Daß die Pommert von Wittmann schwanger sei, habe er erst jetzt erfahren. Ein Hauptfehler des Wittmann bestehe darin, daß derselbe sehr oft lüge. **) Jedoch sei Wittmann, so viel er bemerkt, nicht rachsüchtig, wohl aber in seinen Verstandeskräften sehr beschränkt, denn er könne nicht Geschriebenes lesen, kein Geld zählen u. s. w. ***)

In dem zweiten Verhör vom 14. Febr. legte Inquisit ein mit den Angaben der Pommert durchgehends übereinstimmendes Bekenntniß ab und fügte hinzu: als er gehört, daß die Pommert, welche er todt geglaubt, das Pfarrhaus verlasse, sei er in die Küche gegangen und habe dort ein Hackmesser geholt, mit welchem er in das Seitenkabinet des Pfarrers gegangen und mit demselben ein- oder zweimal auf den Kommod hineingehauen habe, damit man glauben solle, es sei außer ihm noch Jemand anders im Zimmer gewesen, und daß es nicht herauskäme, daß er die Pom-

*) Ob dies vor oder nach dem ersten Vorhalt der Schwängerung geschehen, erhellt aus den Acten nicht. Wahrscheinlich wollte aber Inquisit für den Fall, daß die Schwangerschaft der Pommert bekannt werden sollte, beim Pfarrer vorbauen. D. E.

**) Man braucht ihm daher auch in der Untersuchung nicht aufs Wort zu glauben, da er auch hier im Anfange gelogen und in der Folge die Wahrheit sicher nicht unverholen angegeben hat. D. E.

***) Wenn Inquisit nicht gelernt hat, so folgt daraus noch keineswegs, daß es ihm am Verstand fehle, da Leichtsinn oder Mangel an Unterricht auch der Grund seiner Unwissenheit seyn kann. Die Untersuchung hat den Beweis geliefert, daß er nichts weniger als dumm ist. D. E.

Digitized by Google

wert geschnitten habe. Die Uhren des Pfarres habe er deßhalb auch genommen und sie versteckt, damit man glauben solle, es habe sie Jemand anders genommen. *)

Wenn nun das Verbrechen nicht auf ihn herausgekommen wäre, so hätte er ein paar Tage nachher gethan, als habe er die Uhren zufälligerweise gefunden, und hätte solche dem Pfarrer wieder gegeben. Es sei ihm kein Gedanke gekommen, die Uhren zu stehlen. Diesen Plan habe er sich erst so ausgedacht, nachdem er die Pommert in den Hals geschnitten hatte. Wo das Sakmesser, dessen er sich hiebei bedient, hingekommen seyn möge, wollte Inquisit nicht wissen; dagegen gestand er, recht gut gewußt zu haben, daß der Pfarrer sein Geld in der Kommode hatte. Allein das frischgeschliffene Tischmesser wollte er nicht kennen. Das Hackmesser und die 3 Splitter wurden auf Vorzeigen von ihm recognoscirt. Auch konnte Inquisit nicht läugnen, vertraulichen Umgang mit der Pommert gepflogen zu haben; doch behauptete er, dieß sei noch nicht lange geschehen; früher habe sie auch mit anderen Purschen zu thun gehabt, die er jedoch nicht benennen könne. Befragt, ob er denn die Absicht gehabt habe, die Pommert zu ermorden? versetzte Inquisit: „dies gerade nicht; ich wollte sie nur stechen, damit sie mir nicht mehr vorwerfe, daß ich sie geschwängert habe. Den Entschluß dazu faßte ich, als der Pfarrer Nachmittags fortfuhr." — Die Wunde im Hals habe er mit seiner Hand visitirt, um zu wissen, ob die Pommert auch recht von ihm geschnitten worden sei, weil sein Messer nicht scharf geschnitten habe. Endlich versicherte Inquisit, bei der That sehr aufgebracht und zornig gegen die Pommert gewesen zu seyn.

In einem spätern Verhöre vom 9. März gab er noch weiter zu, daß er schon am Tage vor der Verwundung den Entschluß gefaßt habe, die Pommert in den Hals zu schneiden. Im Schlußverhör bestätigte Inquisit sein Geständniß. Obgleich die Pommert ohne allen bleibenden Nachtheil für ihre Gesundheit geheilt ist, so wurde doch die Verwundung derselben in dem gerichtsärztlichen Gutachten für eine zufälligtödtliche erklärt, weil durch den stark und rasch herbeigeführten Blutverlust bei der eingetretenen großen Schwäche und der ohnehin ziemlich schwächlichen Körper-Konstitution die Verwundung durch eine etwa nachher hinzugetretene mitwirkende Ursache zufällig tödlich hätte ausfallen, auch leicht ein abortus hätte erfolgen können. **)

Das Hofgericht schickte aber die ihm vorgelegten Acten an das Amt zurück, um von dem Physikate ein anderes Gutachten darüber zu erheben: ob die Verwundung der Pommert im Sinne des §. 71 Lit. g. des Strafedicts eine gefährliche oder nicht gefährliche war, weil hier, da die Vulneratin mit dem Leben davon gekommen sei, von einer tödtlichen Verwundung nach §. 72 des Strafedicts überhaupt nicht die Rede seyn könne. Hierauf erkannte das Physikat die fragliche Verwundung für eine nicht gefährliche. Auch der Medicinalreferent erklärte diese Verwundung nur für eine schwere, indem er die angebliche Tiefe der Halswunden und den großen Blutverlust der Vulneratin aus sehr einleuchtenden Gründen bezweifelte. Der von Amtswegen aufgestellte Vertheidiger suchte nun auszuführen, daß weder die Absicht zu tödten, noch die zu stehlen, sondern nur eine gefährliche Verwundung mit einem nicht tödtlichen Instrumente ohne bleibenden Schaden als erwiesen anzunehmen sei, und stellte den Antrag: nach §. 71 lit. k. des Strafedicts die gegen den Inculpaten zu verhängende Strafe auf drei monatliche Kettenstrafe zu beschränken.

Dieser Antrag beruht jedoch auf einem Mißverständniß, weil keine gefährliche Verwundung vorliegt und daher — coeteris paribus — der §. 71 litt. h anschlägt, wornach eine ungleich gelindere Strafe zu erkennen gewesen seyn würde. Wir wollen aber hiebei nicht länger verweilen, da jedenfalls der Thatbestand einer Verwundung, d. h. einer schweren Verletzung, die zu ihrer Heilung der Kunsthilfe nothwendig bedurfte, unzweifelhaft constatirt ist. Desto schwieriger ist die Ausmittelung der wahren Absicht, welche den Inquisiten bei seiner That geleitet haben mag. Auf die Absicht zu rauben *) oder zu stehlen, deuten folgende Momente hin: er fragte den Pfarrer bei seiner Abfahrt um die Zeit der Rückkehr, er traf Fürsorge, daß die Mutter der Magd den Abend nicht zum Besuch komme, er bemächtigte sich nach vermeintlicher Tödtung der Pommert der Uhren seines Dienstherrn und übte Gewalt an der Kommode, in welcher er eine für ihn sehr bedeutende Geldsumme wußte. Von der begonnenen Zertrümmerung dieses Behälters scheint er erst abgelassen zu haben, als er hörte, daß die todt ge-

*) Später kam jedoch Inquisit wieder auf die erste Angabe zurück, daß er die Uhren in der Absicht weggethan habe, damit sie beim Zusammenlauf der Leute nicht entwendet würden. D. E.

**) Wäre die Pommert an ihren Wunden gestorben, so würde die Frage zu erörtern gewesen seyn, ob nicht dem Inculpaten ein Doppel-Mord zur Last liege? D. E.

*) Wenn nämlich außer Zweifel stünde, daß Inquisit die Pommert verwundet hat, um sich nachher des Geldes und der Uhren seines Dienstherrn in diebischer Absicht zu bemächtigen, so läge wirklich ein Raub vor, weil der gewaltthätige Angriff nicht nothwendig auf die Person des Inhabers der Sache gehn muß, sondern auch gegen andere am Orte der That anwesende Personen, welche dieselbe zu hindern vermöchten, geschehen kann, wie dieß jetzt im §. 371 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für Baden ausdrücklich bestimmt ist. D. E.

Digitized by Google

glaubte Pommert das Haus verläßt, also noch lebt und ihn zu verrathen droht.

Man kann aber auch annehmen, der Inquisit habe sich nur Gewißheit verschaffen wollen, daß er zur Nachtessenzeit, bevor der Herr zurück kehrt, mit der Pommert allein seyn werde, um sie ohne Zeugen wegen des Vorwurfs der Schwängerung zu züchtigen und zu zeichnen. Da er sich nun vorgenommen hatte, die That nicht zu gestehen, so beseitigte er die Uhren und hieb in die Kommode, damit es scheine, als habe Jemand anders einen Raubmord im Pfarrhause verübt. Diese Vermuthung wäre am nächsten gelegen, wenn sich zugleich herausgestellt hätte, daß auch der Knecht auswärts war, als die That muthmaßlich geschehen ist. Inquisit mußte mithin auf das alibi bedacht seyn. Zu diesem Zweck eilte er alsbald zu B. Häuser und spiegelte demselben vor, es sei ihm gemeldet worden, daß sein Herr unterwegs umgeworfen habe, damit er ihn begleite, um dem Pfarrer zu Hilfe zu kommen. Auf diese Art verschaffte er sich einen Zeugen für das alibi. Ganz consequent war es dann, daß Inquisit, durch den Reitenden vor dem Orte von dem Vorfall benachrichtigt, sich in das Fromm'sche Haus verfügte und die Pommert unter Thränen fragte, was ihr passirt und wer sie so traktirt habe, als ob er unschuldig und nicht der Thäter sei. — Dadurch gelangt man aber gerade zu einer dritten Combination, welche dahin geht, daß Inquisit die doppelte Absicht gehabt habe, die Pommert zu tödten und den Pfarrer zu bestehlen. Wir werden auf die Gründe, welche für den animus occidendi sprechen, weiter unten zurückkommen. Imputirt man nun den Inquisiten diese Absicht, so muß man ihm auch zutrauen, daß er auf seine Flucht gefaßt war, um der Strafe zu entgehen. Er durfte nicht in der Nähe bleiben, ohne Gefahr zu laufen, ergriffen zu werden. Um seine Person in Sicherheit zu bringen, mußte er also weit weg fliehen und sich anderswo ein Unterkommen suchen. Dazu hatte er Geld nöthig oder Gegenstände, die Geldwerth und nicht schwer zu tragen, auch leicht zu verbergen sind. Nun wußte er, wo die Uhren hängen und die tausend Gulden aufbewahrt liegen. Wie natürlich ist es also, daß er zuerst die frei an der Wand hängenden Uhren ergriff und sodann den Versuch machte, die Commode zu öffnen, um auch das Geld zu nehmen. Nachdem aber die Pommert wieder von den Todten auferstanden war, mochte er nicht mehr gerathen finden, den Raub zu vollbringen. In so fern läßt sich daher seine Handlung als eine begonnene verhinderte That betrachten. Der Gerichtshof nahm indessen die Absicht zu stehlen, nicht als erwiesen an, indem er davon ausging, daß Inquisit, wäre seine Hauptabsicht dahin gegangen, die Abwesenheit des Pfarrers zu einer Entwendung zu benützen, solche leicht hätte ausführen können, ohne sich an der Pommert zu vergreifen, als diese ihre Mutter besuchte und er sich allein im Pfarrhaus befunden habe. Sodann habe sich Inquisit weder zur Flucht vorbereitet, *) noch vor Ausführung der That irgend Anstalten getroffen, die auf Erlangung, Bewahrung und Sicherung des Genusses fremden Guts hindeuten **). Zudem würde Inquisit, hätte er das Geld aus der Commode nehmen wollen, statt auf die Oberfläche der Kante hinein zu hauen, weit natürlicher die Schublade zu öffnen versucht haben ***). Das von ihm angegebene Motiv, die Entdeckung zu verhindern, klinge an und für sich keineswegs unwahrscheinlich und wenn es auch im ersten Augenblick auffallen möge, daß er sich durch die Flucht der Pommert verrathen sehn mußte und dennoch die sofort zwecklose List gebrauchte, so lasse sich dieses leicht dadurch erklären, daß er diesen Plan schon vor der That ausgedacht und in der Bestürzung vollends ausgeführt habe, ohne den Zweck weiter zu überlegen. Auch die Entwendung wäre ja sofort thöricht gewesen, da auch diese in Folge der Flucht der Pommert hätte entdeckt werden müssen.

Ferner habe Inquisit, dessen früheres Betragen zu Adelsheim untadelhaft und gut gewesen, gleich nach seiner Arretirung freiwillig angezeigt, wo die Uhren zu finden seien. Endlich sei die Vorstellung, welche sich die Vulneratin von der That gemacht, bei ihrer genauen Kenntniß des Inquisiten und des Hergangs der Sache †) anscheinend nicht ohne Erheblichkeit, besonders da er gleich beim ersten Vorhalt der Vulneratin seine Vaterschaft hartnäckig abgeläugnet und also wahrscheinlich die weiteren Folgen derselben durch seine den Tag darauf verübte That zu beseitigen getrachtet habe. —

---

*) Doch gebrauchte er die Vorsicht, in den Schlafrock des Pfarrers zu schlüpfen, um bei der Metzelei seine eigenen Kleider nicht blutig zu machen und sich etwa dadurch zu verrathen. D. E.

**) Man kann eigentlich nur sagen, daß von solchen Anstalten nichts bekannt ist. D. E.

***) Es mag seyn, daß er die Sache geschickter hätte angreifen können. Vielleicht wäre es ihm aber bei längerer Fortsetzung seiner Hiebe auch gelungen, die Kommode von oben zu öffnen, um das Geld heraus zu nehmen. Hätte er sich nicht, weil er die Pommert hinausgehen hörte, übereilen oder von seinem Vorhaben ablassen müssen, so würde er etwa noch versucht haben, die Schublade mit dem Hackmesser aufzuzwängen. D. E.

†) Von der Entwendung der Uhren und der Gewaltsanwendung an der Kommode wußte übrigens die Vulneratin nichts. Sie sah, als sie aus dem Hause entfloh, nur noch, daß Wittmann in der Stube des Pfarrers auf- und abging. In Bezug auf die an ihr verübte That mag ihre Vermuthung ganz richtig seyn; dessen ungeachtet konnte Inquisit noch einen anderweiten Vorsatz gefaßt und auszuführen versucht haben. Auch hört der Dieb, welcher eingesteht wo er die gestohlenen Sachen hingebracht hat, nicht auf, ein Dieb zu seyn. D. E.

Digitized by Google

Der Vorsatz zu tödten, wurde von 4 Votanten ebenfalls nicht als unwiderleglich und vollständig erwiesen angesehen, sondern nur die Absicht zu verwunden, als unzweifelhaft angenommen. Eine Majorität von 7 Stimmen hielt dagegen jenen Vorsatz für erwiesen und verurtheilte den Angeschuldigten zum Tode. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, des betreffenden Inhalts, lauten wie folgt:

1) Des Thäters Absicht im *steengen* Sinn ruht zwar nach den Worten des Gesetzes von 1803 (Absatz 4.) außer dem Erkenntnißkreis und der Rechtsbeurtheilung des iedischen Richters; es soll jedoch dieser entweder aus dem Werkzeug der Verwundung oder aus den vorausgegangenen begleitenden oder nachgefolgten Aeußerungen oder Handlungen des Verbrechers beurtheilen, ob die Absicht zu tödten vorhanden war, §. 71 des Strafedicts, Art. 1 und 2 des Gesetzes von 1805. Es ist demnach der Indicienbeweis hier *ausdrücklich* für zuläßig erklärt und es liegt dies auch in der Natur der Sache, weil sonst die Absicht niemals anders als durch Geständniß erwiesen werden konnte.

Das Werkzeug, dessen sich der Inquisit bediente, war nach seiner Behauptung ein Sackmesser das ihm nach der That verloren gegangen sei. Dieses Instrument gehört nicht unter die allgemein tödtlichen Waffen *) im Sinne des Gesetzes und es darf deßhalb aus dem Gebrauch dieser Waffe allein die Absicht zu tödten nicht geschlossen weeden. Um so mehr aber beweisen die Nebenumstände der That jene Absicht, und dieser Beweis ergibt sich, so concludent derselbe nur immer durch Inzichten dargethan werden kann, aus folgenden Betrachtungen:

1) die Behauptung des Inquisiten, daß er die Pommert aus Zorn habe zeichnen und dadurch zum Schweigen bringen wollen, ist bei Unterstellung solcher Verstandeskräfte, wie man sie dem Inquisiten nach seinem ganzen Benehmen beimessen kann, im höchsten Geade unwahrscheinlich. Derselbe konnte sich nach den gewöhnlichen Regeln des Denkens unmöglich einbilden, die Pommert werde *deßhalb* ihre Schwangerschaft oder deren Urheber verschweigen, weil er sie mißhandelt habe, und zwar auf eine Weise, die nicht ohne allgemeines Aufsehen und ohne gerichtliches Einschreiten bleiben konnte. Er mußte nothwendig einsehen, daß die Verwundete ihn nicht nur als Thäter der Verwundung bezeichnen, sondern auch die Veranlassung zur That, nämlich ihre Schwangerschaft, angeben und ihm sofort auch diese öffentlich zuschreiben werde. Es drohten ihm aus einer Verwundung der Pommert weit schlimmere Folgen, als aus deren Schwangerschaft, und wenn daher anders seine Handlung den Zweck gehabt haben soll, die aus der Schwangerschaft entspringenden Nachtheile abzuwenden, so steht damit die Absicht einer bloßen Verwundung der Geschwängerten in gar keinem vernünftigen Zusammenhang, während andererseits die Tödtung derselben ihm zur Erreichung jenes Zwecks um so dienlicher scheinen mochte, als nach dem Inhalt der Acten die Schwangerschaft der Pommert außer ihm noch Niemanden aus ihrer Umgebung bekannt war.

2) Eben so wenig läßt sich die Behauptung des Inquisiten mit der Art und Weise vereinigen, auf welche die Verwundung vollführt wurde. Sollte diese *den* moralischen Eindruck auf die Verwundete zurücklassen, daß diese fernerhin der gemachten Beschuldigung sich enthalten, so hätte der Inquisit mit der Mißhandlung begreiflicherweise Vorwürfe, Drohungen und dergleichen verbunden, wie sie geeignet gewesen wären, die Verwundete von dem Zwecke seiner Handlung in Kenntniß zu setzen, und von weiteren Beschuldigungen abzuschrecken; allein er vollführte die That ohne mit der Pommert etwas Weiteres zu reden, als daß er sie schweigen hieß, weil sie um Hilfe rief. Aus dem gleichen Grunde kann auch die Triebfeder der Inquisitin nicht in einem durch die Anschuldigung geweckten *Rachgefühl* gefunden werden und zwar um so weniger, als der Inquisit, nachdem er sich wirklich mit der Verwundeten vergangen und diese ihm allein die Eröffnung ihees Zustandes gemacht hatte, durch diese sich nicht an seiner Ehre verletzt sehen konnte.

In gleichem Maaße, in welchem hiernach die Behauptung des Inculpaten als unwahrscheinlich in sich selbst zerfällt, spricht *direct* für die Absicht zu tödten.

3) Schon die Art des Gebrauchs der Waffe. Gleich beim erstrn Angriff *) richtete Inquisit sein Messer *nach dem Halse* der Verwundeten, und dieses Ziel verfolgte er beharrlich bis zu dem Augenblicke, wo er die Pommert für todt hielt, ohne wegen des ihm geleisteten Widerstandes die Verwundung an einer anderen Stelle zu versuchen. Er hatte sogae nach seinem Bekenntniß schon Tags zuvor den Entschluß gefaßt, die Pommert in den Hals zu schneiden. Das Abschneiden des Halses ist eine so gewöhnliche und allbekannte Art gewaltsamee Tödtung, daß es auch dem beschränktesten Menschen nicht fremd seyn kann, wie aus einer derartigen Verwundung des Halses, wenn sie anders tief genug ist, der Tod eines Menschen entstehen muß. **)

*) Die Praxis sieht ein gewöhnliches Sackmesser als *schädliches* Instrument an. D. E.

*) Und dieser war zugleich *meuchelmörderisch*, da Inquisit sein Opfer zu sich lockte und ihm, unter verstellten Liebkosungen den ersten Schnitt von hinten beibrachte. D. E.

**) Es war in der That, um mit dem Gesetz von 1803 zu sprechen, ein *glücklicher Zufall*, daß weder die Halspulsader noch der Kehlkopf verletzt oder durchgeschnitten worden ist, wie es

Digitized by Google

Daß nun aber Inquisit gerade diese gefährliche Stelle sich ausersehn, und beharrlich verfolgt haben soll, so fern es ihm nur um eine Verwundung oder um ein Denkzeichen zu thun war, ist um so weniger zu glauben, als es Inquisit in diesem Fall bei dem ersten Schnitte konnte bewenden lassen. Zudem hat Inquisit

4) nach vollbrachter That die Wunden untersucht, um zu sehen, ob die Mißhandelte auch recht geschnitten worden sei, und ließ in der Meinung von ihr ab, daß sie todt sei.

Dieß ist nicht das Benehmen eines Menschen, dessen Handlung nach seiner Meinung einen anderen und zwar einen schlimmeren Erfolg hatte, als er bei Ausführung derselben beabsichtigte; vielmehr liegt es klar am Tage, daß er sich dadurch überzeugen wollte, ob er den voegesetzten Zweck erreicht, ob er die Pommert recht, d. h. so geschnitten habe, daß sie wirklich todt sei. *)

5) Mit dieser Unterstellung allein läßt sich auch der Eingriff in das Eigenthum des Dienstherrn in einen vernünftigen Zusammenhang beingen, so fern Inquisit, wie er behauptet, keinen Diebstahl, sondern nur eine List zur Ableitung des Verdachts dabei vor Augen hatte. Es konnte nämlich allerdings die That den Anschein gewinnen, als seien während der Abwesenheit des Inquisiten und seines Dienstherrn Räuber in das Haus gedrungen, und die Pommert der Beraubung wegen ermordet worden. Der Verdacht wäre sofort auf ein anderes Motiv und folgeweise um so weniger auf den Inquisiten gefallen, als dessen möglicher Beweggrund zu einer solchen That Niemanden bekannt war. **)

Aus diesen Gründen kann die Beschränkung, welche der Inquisit seinem Geständnisse beifügte, ungeachtet des nicht erfolgten Todes der Verwundeten keinen Glauben finden, wie sie solchen auch sicher im umgekehrten Falle nicht finden würde; vielmehr mußte er des Versuchs der Tödtung für schuldig erklärt werden, und zwar:

II. des nächsten Versuchs, wie solcher im Gesetze vom 20. Dezember 1805. Absatz 7 a. dargestellt ist. ***) Der Inquisit hat nämlich:

1) eine Handlung unternommen, welche nach der gemeinsten Erfahrung geeignet ist, einen Menschen ums Leben zu bringen, von der er also glauben konnte und mußte, daß sie diesen Erfolg hervorbringen werde.

Diese Handlung wurde:

2) in so weit ausgeführt, daß über die wirkliche Tödtlichkeit der Wunde nur ein Arzt sich mit Bestimmtheit aussprechen, und deßhalb der Inquisit um so leichter die Meinung haben konnte, der Zweck sei ereicht, als die Pommert heftig blutete und scheinbar leblos auf dem Boden lag. Daß Inquisit wirklich diese Meinung hatte, gesteht er selbst ein, so wie er angibt, daß seine Reue erst dann eingetreten sei, als er die Pommert für todt hielt.

Die Verwundete hatte hiernach ihe Leben weder dee Reue des Thäters, noch der Dazwischenkunft eines glücklichen Zufalls, sondern nue der irrigen duech ihr Benehmen erzeugten Meinung des Inquisiten zu denken, daß die That gänzlich vollführt sei.

III. Anlangend den Gemüthszustand des Inquisiten, so schützt er zwar voe, das Verbrechen im Zorne verübt zu haben; er muß jedoch selbst zugeben, daß die Veewundete an jenem Tage, an welchem sie mißhandelt wurde, ihm keinen Anlaß zum Zorn gegeben, und insbesondere keinen Vorhalt wegen ihrer Schwangerschaft gemacht hatte; er sagt ferner, daß er schon Tags zuvor den Entschluß gefaßt habe, die Pommert in den Hals zu schneiden. Wenn nun auch Inquisit duech die Beschuldigung der Pommert am 7. Februae in Aufwallung gerathen sein und in diesem Zustande das Verbrechen beschlossen haben mag, so hat ee es doch in keinem Falle in diesem Gemüthszustand ausgeführt, sondern erst nach Verlauf einee Zeit, während welcher er seine ruhige Besinnung wieder erlangt haben mußte.

Außerdem weisen noch andere Umstände auf eine Vorbereitung des Verbrechens hin. Er erkundigte sich bei seinem Dienstherrn, wann dieser nach Haus zurückkommen werde, was sonst nie geschehn seyn soll. Er suchte ferner die Mutter dee Verwundeten an jenem Nachmittag aus dem Pfarrhause fern zu halten, und unmittelbar vor der That, blickte er wohl zu keinem anderen Zwecke durch die Fensterscheiben, als um zu beobachten, ob Niemand in der Nähe sei. Auch das Anziehen des Schlafrockes seines Dienstherrn mag nicht ohne Beziehung auf die That, vielleicht um seine Kleider nicht mit Blut zu beflecken, geschehn seyn. Hiernach erscheint

---

so leicht hätte geschehn können. Im Falle einer solchen Verletzung würde sich die Vulneratin schwerlich gerettet und dem Inquisiten auch Niemand geglaubt haben, daß seine Absicht nicht gewesen sei, die Pommert zu tödten. D. E.

*) Wie oben vorgekommen, so nahm Inquisit, nach Versetzung der zweiten Halswunde, die Pommert bei den Haaren und schüttelte ihren Kopf hin und her, um, wie sie vermuthet, die Verblutung zu befördern. Dieses Faktum scheint nicht minder für den animus occidendi zu sprechen, als die nachherige Untersuchung der Wunden selbst. D. E.

**) An die Sektion, wodurch die Schwangerschaft zu Tag gekommen wäre, mochte Inquisit wohl schwerlich gedacht haben. D. E.

***) Auch nach dem §. 99 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für Baden würde die fragliche That als nächster Versuch zu bestrafen seyn. Da nun zufolge §. 183 ibid. eine mit Vorbedacht verübte Tödtung mit dem Tode bestraft werden soll, so hätten nach §. 108 ibid. in dem vorliegenden Falle, für den nächsten Versuch einer vorsätzlichen Tödtung nicht weniger, wohl aber mehr als 10 Jahre Zuchthaus erkannt werden dürfen. Dagegen wäre Inquisit mit der Todesstrafe verschont worden. D. E.

Digitized by Google

die That nicht als eine im Affect verübte, sondern als der Versuch einer vorsätzlichen und muthwilligen Tödtung.

IV. Dieses Verbrechen soll nach Absatz 6 des Gesetzes von 1805 mit derselben Strafe belegt werden, wie wenn der beabsichtigte Erfolg wirklich eingetreten wäre, indem hier ausdrücklich verordnet ist, daß der Richter insbesondere dann nicht von der ordentlichen Strafe abweichen dürfe, wenn ein Thäter seinen unbezweifelten (d. h. nach den gesetzlichen Beweisregeln als erwiesen anzunehmenden) Vorsatz zu tödten, bis zur Vollendung nach seiner Meinung und Ansicht durchgesetzt hat, und der Angegriffene nur durch einen Irrthum des Verbrechens in seiner Ansicht oder durch einen glücklichen Zufall beim Leben bleibt. Es ist für diesen Fall nur dem Regenten das Recht der Begnadigung vorbehalten worden. Anderweite Entschuldigungsgründe stehen dem Inquisiten nicht zur Seite. Wenn er auch geringe Verstandeskräfte besitzen mag und seine Volljährigkeit noch nicht erreicht hat, so war doch seine That von einer solchen Beschaffenheit, daß weder der eine noch der andere Umstand ihn gehindert haben kann, das Verbrecherische derselben einzusehn, und die Ausführung geschah nicht etwa in jugendlicher Uebereilung, sondern mit Vorbedacht und nicht geringer Bosheit des Willens. Die ordentliche Strafe vorsätzlicher Tödtung ist die Todesstrafe, und da nach dem angeführten Gesetze dem Richter ausdrücklich untersagt ist, von derselben im vorliegenden Falle abzuweichen, so kommt es auf eine nähere Prüfung der Frage, ob der Inquisit nebstdem noch einen Raub oder Diebstahl ausführte, nicht an*), sondern es mußte, wie geschehn, erkannt werden. —

Urtheil.

J. U. S. ꝛc ꝛc. wird auf amtspflichtiges Verhör zu Recht erkannt:

„daß Chr. Wittmann von Adelsheim des Versuchs der vorsätzlichen und muthwilligen Tödtung der E. Pommert von Bammenthal für schuldig zu erklären und deßhalb zur Todesstrafe mittelst öffentlicher Enthauptung durch das Schwerdt, so wie auch zur Tragung sämmtlicher Kosten, mit Ausnahme derjenigen, welche auf seine Hinrichtung verwendet werden, zu verurtheilen sei." —

*) Poena major absorbet minorem. Wäre daher hinsichtlich der Uhren der immerhin zweifelhafte animus rem sibi habendi auch als erwiesen angenommen worden, so hätte doch wegen dieser Entwendung keine weitere Strafe erkannt werden können. Ein versuchter Raubmord, als vermeintlich vollführte That, wäre aber jedenfalls auch mit dem Tode zu bestrafen gewesen. D. E.

Den Tag nach der Verkündung dieses unterm 7. Juni l. J. gefällten Urtheils zeigte Inquisit, weil die erkannte Strafe zu hart sei, den Gnadenrecues an und berief sich zu dessen Unterstützung auf seine Jugend und gute Aufführung, sodann daeauf, daß er bei Begehung der That gegen die Pommert zu sehr erbost gewesen sei. *)

Wirklich wurde auch durch allerhöchste Entschließung vom 20. Juli l. J. die erkannte Todesstrafe in eine zwölfjährige Zuchthausstrafe gnädigst verwandelt. Bayer.

II.

Generale über Hundstaxdefraudationen.

Justizministerium.

Karlsruhe den 20. Februar 1839.

Nr. 734. Erlaß Großh. Finanzministeriums vom 13. l. M. Nr. 1187. Die Abwandlung der Hundstaxdefraudationen betreffend.

Beschluß.

1) Dem Großh. Hofgerichte des Oberrheinkreises unter Rückschluß der Anlagen seines Berichts vom 6. November v. J. Nr. 4927 Abschrift des Erlasses Großh. Ministeriums des Innern vom 25. v. M. Nr. 747 mit dem Bemeeken zu übersenden, daß sich das Großh. Finanzministerium durch rubric. Erlaß in gleichem Sinne ausgesprochen habe, und hiernach nicht die Gerichte sondern die Polizribehörden zur Untersuchung der fraglichen Defraudationen, resp. zur Erledigung von deßfalls ergriffenen Rekursen zuständig seien.

III.

Die Abwandlung der Hundstaxdefraudationen.

Ministerium des Innern.

Nr. 747. 1. Wir haben die Ehre, dem Großh. Ministerium der Finanzen auf dem gefälligen Erlaß vom 15. Dezember v. J. Nr. 9382 unter Rücksendung der Communikate zu erwiedern.

Wir sind ganz mit der dortseitigen Ansicht einverstanden, daß das in Frage stehende Vergehen, sich aus dem Grunde zur Cognition der Polizeibehörden eignr, weil der Art. 4. des Grsrtzes vom 31. Octobrr 1833 (Regierungsblatt Nr. 43), nicht die Defraudation der Tarr, sondern ausdrücklich das Unterlassen der Vorführung des Hundes zur Musterung mit der Strafe von 4 fl. bedroht. Wer sich diese polizeilichen Controle entzieht, macht sich also eines Polizeivergrhens, nicht aber rines Steuervergehens schuldig, denn dir damit zusammenfallende Defraudation der gesetzlichen Taxe ist in dem Gesetze selbst nirgends besonders verpönt, sondern die Nachzahlung derselben ist dort lediglich als ein Accessorium der gedachten Polizeistrafe erwähnt.

II. Hiervon beehren wir uns das Großh. Justizministerium in Bezug auf wohldesselbrn Erlaß vom 30. November v. J. Nr. 5055 vorläufig zu benachrichtigen.

*) Es ist bemerkenswerth, daß sich Inquisit nach Eröffnung der Entscheidungsgründe, in welchen ihm, seines Läugnens ungeachtet, der Vorsatz zu tödten, zugerechnet wird, nicht veranlaßt gesehn hat, diesen Vorsatz neuerdings in Abrede zu stellen. D. E.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 34. Karlsruhe den 24. August 1839.

I.

Ueber die Entschädigungsforderungen des ehemaligen Reichsadels wegen der aufgehobenen Frohnden ꝛc.

Zum Vollzuge des Art. 14 der Bundesakte, insoweit dadurch dem ehemaligen Reichsadel gewisse Berrechtigungen zugesichert sind, hat die Großh. bad. Regierung, wie behauptet wird, auf den Grund eines mit den Mitgliedern der ehemaligen Reichsritterschaft abgeschlossenen Vertrags, — unterm 22. April 1824 (Regbl. S. 71 — 77) eine landesherrliche Deklaration über die Rechtsverhältnisse dieser zum ehemaligen Reichsadel gehörigen Grundherrn verkündet.

Der §. 25 dieser Deklaration lautet:

„Den Grundherrn wird die Versicherung ertheilt, daß in Zukunft keine Abgaben, nutzbare Rechte oder Gefälle, in deren Bezug sie sich gegenwärtig befinden, weder unter dem Titel eines Landeshoheitsgefälles, noch aus einem sonstigen wie immer gearteten Grunde aufgehoben werden sollen, ohne daß ihnen dafür volle Entschädigung aus der Staatskasse geleistet werde."

„Denjenigen Grundherren, welche durch eine von Seiten der Exekutivbehörden geschehene ierige Anwendung früherer gesetzlichen Anordnungen etwa aus diesem Besitze verdrängt worden, wird die Wiedereinsetzung in denselben versichert."

Am 28. Dez. 1831 (Regbl. von 1832 S. 9) erschien nun ein neues Gesetz, wodurch die Herrenfrohnden, deren Ablösung die Pflichtigen nach dem Gesetze vom 5. Oktober 1820 gegen den 15fachen (bei walzenden Frohnden gegen den 20fachen) Jahresbetrag schon verlangen konnten, mit dem 1. Januar 1832 allgemein als aufgehoben erklärt wurden, und zwar gegen (theilweise aus der Staatskasse und theilweise von den Pflichtigen zu leistende) Zahlung des 12fachen, beziehungsweise 18fachen Jahresbetrags.

Dieß, so wie ein ähnliches Gesetz über Aufhebung des Blutzehntens und des Neubruchzehntens, gab dem ehemaligen Reichsadel im Jahr 1832 Anlaß zu einer Beschwerde bei der Bundesversammlung, welche nach dem §. 63 der Wiener Schlußakte von 1820 zur Aufrechthaltung der bundesmäßigen staatsrechtlichen Verhältnisse der ehemals Reichsunmittelbaren berufen ist.

Die Großh. Regierung soll auf die ihr von der Bundesversammlung mitgetheilte Beschwerdeschrift in Betreff der Herrenfrohnden ꝛc. die Erkläeung abgegeben haben: wenn der Reichsadel glaube, daß er durch das Gesetz vom 28. Dez. 1831 in vertragsmäßigen Rechten beeinträchtigt sei, daß nämlich der §. 25 der landesherrlichen Deklaration vom 22. Apeil 1824 für diesen Fall eine volle Entschädigung zusichere, das Gesetz aber für die aufgehobenen Herrenfrohnden nur eine geringere, als die zugesicherte volle, Entschädigung bewilligt habe, so möge er dem Großherzoglichen Fiskus vor den zuständigen Landesgerichten auf den Grund des jener Deklaration unterliegenden Vertrags auf Ersatz des Fehlenden belangen, — und nur wenn diese gesetzliche Rechtshülfe von der Regierung gehemmt worden wäre, könnte sich der ehemalige Reichsadel nach dem §. 63 der Wiener Schlußakte *) an die Bundesversammlung wenden.

*) Dieser §. 63 der Wiener Schlußakte lautet:

„Es liegt der Bundesversammlung ob, auf die genaue und vollständige Erfüllung derjenigen Bestimmungen zu achten, welche der 14. Artikel der Bundesakte in Betreff der mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsstände und des ehemaligen Reichsadels enthält. Diejenigen Bundesglieder, deren Ländern die Besitzungen derselben einverleibt worden, bleiben gegen den Bund zur unverrückten Aufrechthaltung der durch jene Bestimmungen begründeten staatsrechtlichen Verhältnisse verpflichtet. Und wenn gleich die über die Anwendung der in Gemäßheit des 14. Artikels der Bundesakte erlassenen Verordnungen oder abgeschlossenen Verträge entstehenden Streitigkeiten in einzelnen Fällen an die kompetenten Behörden des Bundesstaats, in welchem die Besitzungen der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herrn gelegen sind, zur Entscheidung gebracht werden müssen, so bleibt denselben doch im Falle der verweigerten, gesetzlichen und verfassungsmäßigen Rechtshülfe, oder einer einseitigen zu ihrem Nachtheil erfolgten legisla-

Digitized by Google

Dieser Erklärung gemäß erfolgte im Juni 1836 ein Bundesbeschluß, welchen das Großh. Staatsministerium unterm 18. August 1836 Nr. 1309 den Gerichtshöfen schriftlich eröffnen ließ, dahin:

„daß auf zu erhebende Klage der gedachten Reklamanten von den Gerichten, und zwar ohne Bezugnahme auf die diesfallsigen Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Dez. 1831, jedoch mit Rücksicht auf die landesherrliche Deklaration vom 22. April 1824 darüber entschieden werden soll, ob den Klägern seit dem 1. Januar 1832 für die aufgehoben erklärten Heerenfrohnden ꝛc. eine größere Entschädigung aus der Staatskasse gebühre, als in dem fraglichen Gesetze zugesichert ist."

Es wird nun vielfach Zweifel erhoben, ob, wenn die ehemals reichsunmittelbaren Grundherren hiernach wirklich Klage erheben,

I. die Gerichte auch kompetent wären, und ob sie

II. sich über das Gesetz vom 28. Dez. 1831 hinaussetzen und den Klägern unter irgend einer Voraussetzung eine höhere als die dort bestimmte Entschädigung zuerkennen könnten.

So viel ist vorhinweg klar, daß der erwähnte Bundesbeschluß, beziehungsweise die Staats-Ministerialverfügung vom 18. August 1836 für die Erkenntnisse unserer Gerichte die Kraft eines Gesetzes nicht ansprechen kann.

Der fragliche Bundesbeschluß gehört nicht unter diejenigen, welche nach dem §. 2 unserer Verfassungsurkunde durch ihre bloße Verkündung im Großherzogthum Wirksamkeit erhalten; die Großh. Regierung, welche durch jenen Bundesbeschluß verpflichtet ist, hätte daher erst diejenigen Mittel zu ergreifen, welche nach unserer Landesverfassung geeignet wären, dem Inhalte jenes Beschlusses Gesetzeskraft zu verschaffen, d. h. sie hätte die Erlassung eines diesfallsigen Gesetzes zu bewirken, wenn nicht der Beschluß auch mit unserer bestehenden Gesetzgebung selbst im Einklang stünde und darnach auch ohne ein neues Spezialgesetz schon jetzt vollziehbar wäre.

Auch der Staats-Ministerialbeschluß vom 18. Aug. 1836 könnte für sich allein in dieser Beziehung keine Wirkung haben, da die Großh. Regierung nur mit Zustimmung der Stände Gesetze geben kann.

Abgesehen von allem dem, würden aber der erwähnte Bundesbeschluß und die Staats-Ministerialverfügung vom 18. Aug. 1836 schon darum zur Zeit die Gerichte nicht als Gesetze binden, weil weder das Eine noch das Andere bisher im Regierungsblatte verkündet wurde, und die Gesetze nach dem L.R.S. 1 erst durch die Verkündung des Staatsherrschers, und zwar nach S. 1a durch die Verkündung im Regierungsblatte, wirksam und verbindlich werden.

Es fragt sich jedoch, ob die oben unter I. und II. erwähnten Zweifel nicht, auch ohne daß dem Bundesbeschluß und der Staats-Ministerialverfügung vom 18. Aug. 1836 die Wirkung eines Gesetzes zukommt, schon nach unserer bestehenden Gesetzgebung zu beseitigen seyen? —

Ich bejahe diese Frage. —

Man scheint, wenn man die oben angedeuteten Zweifel erhebt, von der Klage, um die es sich hier handelt, keine richtige Vorstellung zu haben.

Es kann sich natürlich um keinen Streit über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Gesetzes v. 28. Dezember 1831 handeln. Einen solchen Streit könnte der Civilrichter nie entscheiden. Er ist dem Gesetze Unterthan und darf sich nie über dasselbe erheben. Sollte von diesem Grundsatze in concreto eine Ausnahme gemacht werden, so wäre allerdings ein Spezialgesetz erforderlich, welches dem Richter für den besondern Fall eine derartige Ermächtigung ertheilte.

Hier mag aber das Gesetz vom 28. Dezember 1831 vollkommen zu Recht bestehen, und die Klage des Reichsadels wird dadurch keineswegs unstatthaft.

Die Klage ist eine Gewährleistungsklage, sie beruht auf einer behaupteten vertragsmäßigen Zusicherung, vermöge welcher die Staatskasse sich verbindlich gemacht habe, den Grundherrn, wenn Gefälle derselben aufgehoben würden, für eine volle Entschädigung Gewähr zu leisten, ihnen also, sofern das Aufhebungsgesetz im Allgemeinen eine geringere als volle Entschädigung festsetze, den Betrag der Differenz zu vergüten.

Die Klage ist also nicht gegen das Gesetz, nicht gegen den Staat als Gesetzgeber, sondern gegen den Fiskus als Uebernehmer einer besondern vertragsmäßigen Verbindlichkeit gerichtet.

Setze man den Fall: es hätte nicht der Staat mit den Grundherrn, sondern es hätte ein Private mit dem Andern kontrahirt, es hätte z. B. ein Private ein Zehntrecht, eine Drittelsgerechtigkeit, eine Gilt u. dgl. verkauft, und dabei dem Käufer zugesichert, ihn, wenn die verkaufte Berechtigung durch ein Gesetz um weniger als um den vollen Werth (oder z. B. bestimmt: um weniger als um den 20fachen Jahresbetrag) aufgehoben werde, für das hieran Fehlende zu entschädigen, — so würde kein Jurist zweifeln, daß, wenn der erwähnte Fall einträte, der Käufer den Verkäufer auf Vergütung des Mehrwerths der aufgehobenen Berechtigung belangen könnte. Warum sollte nun eine solche Klage gegen den Staat nicht statt finden, wenn er, wie die Grundherrn unter Bezug auf den §. 25 der landesherrlichen Dekla-

tiven Erklärung der durch die Bundesakte ihnen zugesicherten Rechte, der Rekurs an die Bundesversammlung vorbehalten; und diese ist in einem solchen Falle verpflichtet, wenn sie die Beschwerde begründet findet, eine genügende Abhülfe zu bewirken."

Digitized by Google

ration behaupten, ihnen in gleicher Weise für eine volle Entschädigung im Falle der Aufhebung ihrer Gefälle vertragsmäßige Gewähr geleistet hat?

Mie scheint, daß es

zu I. weder eines Bundesbeschlusses, noch einer Staats-Ministerialverfügung, noch eines Spezialgesetzes bedürfe, um die Kompetenz der Gerichte zum Erkenntnisse über eine solche Klage zu begründen, daß es vielmehr von Seiten der Regierung ein rechtswidriger Eingriff in den Gang der Justiz wäre, wenn sie der richterlichen Verhandlung und Entscheidung einer solchen Klage Hindernisse in den Weg legen wollte.

Nach dem Gesetze vom 28. Dez. 1831 haben zwar die Verwaltungsbehörden über die Größe der Frohndablösungskapitalien zu erkennen; aber hier handelt es sich gar nicht um die Festsetzung der Frohndablösungskapitalien nach jenem Gesetze, sondern darum, ob das von der kompetenten Verwaltungsbehörde nach dem Gesetze festgesetzte Ablösungskapital dem vertragsmäßig gewährleisteten vollen Werthe der Berechtigungen gleich komme, und ob im verneinenden Falle der Fiskus für den Mehrwerth der Berechtigungen vertragsmäßig haftbar sey?

Diese letztere, rein dem Civilrecht angehörige, Frage ist mit der Bestimmung des Ablösungskapitals nach dem Ablösungsgesetze nicht zu verwechseln, und kann nur allein vom Richter entschieden werden.

Eben so grundlos ist hier

zu II. das weitere Bedenken, daß der Richter sich über das Gesetz vom 28. Dez. 1831 nicht hinaussetzen dürfe.

Er erhebt sich keineswegs über dieses Gesetz, er läßt dasselbe vielmehr in voller Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit, wenn er denjenigen, welcher einem Andern eine höhere als die vom Ablösungsgesetze bestimmte Entschädigung gewährleistete, zur Vergütung der Differenz zwischen der gesetzlich berechneten und der vertragsmäßig gewährleisteten Entschädigung verurtheilt. Eben weil das Ablösungsgesetz zu Recht besteht und vollzogen wird, hat der Kontrahent den gewährleisteten Mehrwerth der Berechtigung zu ersetzen.

Das Ablösungsgesetz bestimmt auch nur im Allgemeinen, was die Berechtigten als Ablösungskapital erhalten sollen, es sagt aber nicht, daß dies der volle Werth der Berechtigung sei. Das Gesetz kann bei Bestimmung des Ablösungskapitals auch andere Rücksichten, als welche sich auf die Ermittlung des wahren Werths beziehen, eintreten lassen. Es kann z. B., wenn das aufzuhebende Gefäll auf dem öffentlichen Rechte beruht, dasselbe ohne alle Entschädigung des Berechtigten aufheben, so wie auch nach erfolgter Mediatisation bis 1820 den Berechtigten mancherlei Steuergefälle ohne Entgeld entzogen und gleichzeitig oder später ohne ein Ablösungskapital aufgehoben wurden. Eben so kann das Gesetz, wenn das Gefäll auf dem öffentlichen Rechte beruht, aus Billigkeitsgründen gleichwohl eine, übrigens nur unvollständige, Entschädigung bewilligen, und in gleicher Weise etwa alsdann, wenn das Gefäll zweideutigen Ursprungs ist, oder wenn es nur theilweise auf dem öffentlichen Rechte beruht. Mit der Bestimmung einer Entschädigung sagt also das Gesetz keineswegs, daß der bestimmte Betrag gerade dem vollen Werthe der aufgehobenen Berechtigung gleichkomme; aber eben darum ist es auch nicht gegen das Gesetz, wenn der Richter eine Partei wegen übernommener Gewährleistung des vollen Werths zum Ersatze eines, das gesetzliche Ablösungskapital übersteigenden, Mehrwerthbetrags verurtheilt.

In dieser Beziehung, sowie hinsichtlich des Kompetenzpunkts, steht also der erwähnten Klage des ehemaligen Reichsadels, wie sie in Gemäßheit des Bundesbeschlusses vom Juni 1836 durch Staats-Ministerialverfügung vom 18. August 1836 den Gerichten angekündet ist, nichts im Wege,*) und es wird sich, wenn dieselbe da oder dort angestellt wird, oder bereits angestellt ist, nur fragen, ob die zu ihrer Begründung erforderlichen thatsächtlichen Verhältnisse, so weit sie vom Fiskus bestritten werden sollten, gehörig dargethan werden, namentlich also:

a) ob der landesherrlichen Deklaration vom 22. April 1824 ein Vertrag zu Grund liege, worin der Inhalt des §. 25 der Deklaration ebenfalls aufgenommen sei **), und ob, wenn die Kläger darnach Gewährleistung vom Fiskus zu fordern haben,

b) bei dem einzelnen Frohndrechte das gesetzlich berechnete Ablösungskapital wirklich wenige und wie viel

*) Es bedarf darnach nicht einmal mehr der Erörterung der Wirkungen, welche die Staatsministerialverfügung vom 18. Aug 1836 als die Erklärung einer Partei (nämlich des Fiskus) sowohl hinsichtlich der Kompetenz der (auch von den Gegnern angegangen werdenden) Gerichte, als auch hinsichtlich des darin liegenden Verzichts auf die für den Fiskus aus dem Gesetze von 1831 etwa abzuleitenden Rechtszuständigkeiten haben könnte.

**) Nach der Staats-Ministerialverfügung vom 18. Aug. 1836 ist zu erwarten, daß der Großh. Fiskus diesen Thatumstand gar nicht widersprechen werde, da dort der Inhalt der Deklaration als maaßgebend angedeutet ist.

Sollte aber der Großh. Fiskus jenem §. 25 eine andere Auslegung geben, als die Kläger, so könnte die weitere Frage entstehen, ob dieser Paragraph den Grundherren für alle Fälle, nicht blos wenn der Staat ihre Gefälle unter dem Titel von Hoheitsgefällen aufhebe oder an sich ziehe, sondern auch wenn er nur zur Ablösung derselben zwischen den Berechtigten und Verpflichteten einen Maaßstab festsetze, eine volle aus der Staatskasse zu leistende Entschädigung zusichere?

Digitized by Google

weniger ausmache, als der volle Werth des Frohndrechts?

Es versteht sich von selbst, daß hiebei auch das Daseyn und der Umfang des Frohndrechts selbst Gegenstand des Streits werden können, und daß hinsichtlich der Frage, ob das Ablösungskapital unter dem vollen Werthe des Frohndrechts stehe, es nicht allein auf den Multiplikator (wie vielfach der einzelne Jahresbetrag bei Festsetzung des Ablösungskapitals genommen wurde,) sondern auch darauf ankomme, wie der einzelne Jahresbetrag selbst berechnet wurde.

Das Gesetz kann, wenn es einen kleinen Multiplikator annimmt, das Verhältniß wieder damit ausgleichen, daß es bei der Bestimmung, wie der einzelne Jahrsbetrag zu ermitteln sei, die Berechtigten begünstigt, sowie es umgekehrt, wenn die letztere Bestimmung den Berechtigten nachtheilig ist, in Festsetzung eines größern Multiplikators wieder eine Ausgleichung bewirken könnte.

Eben so konnte auch bei dem Vollzuge der Verpflichtete selbst in Berücksichtigung des kleinen Multiplikators bei Anerkennung der (vielleicht nicht erwiesenen) Größe des einzelnen Jahrbetrags nachsichtig seyn und dadurch das Verhältniß ganz oder annähernd wieder herstellen, sowie umgekehrt der Berechtigte, wenn er einen großen Multiplikator gehabt hätte, in Berechnung des einzelnen Jahrbetrags vielleicht weniger streng gewesen wäre.

Man kann daher daraus, daß man den vom Gesetz angenommenen Multiplikator zu klein oder zu groß findet, noch keine Beschädigung, weder des einen noch des andern Theils, erkennen, und selbst wenn damit die Bestimmungen des Gesetzes über die Berechnung des einzelnen Jahrsbetrags zusammengehalten werden, so läßt sich noch kein richtiges Urtheil bilden, ob das Ablösungskapital dem vollen Werth der Berechtigung entspreche, oder wie vielfach der einzelne Jahrsbetrag genommen werden müßte, um diesen vollen Werth zu erreichen. Man muß, um letzteres beurtheilen zu können, auch noch wissen, wie im speciellen Falle der einzelne Jahrsbetrag wirklich angenommen wurde, und wie sich der dort angenommene zu demjenigen verhalte, welcher sich nach der jetzt eintretenden gerichtlichen Verhandlung über die Gewährleistungsklage als der richtige ergiebt. Bei dieser letztern Verhandlung können aber, wie sich von selbst versteht, die unter ganz andern Voraussetzungen gemachten Anerkenntnisse und gestellten Forderungen nicht mehr bindend seyn, und es ist nach allen Richtungen erst neu zu erörtern und zu entscheiden, wie viel der wahre Werth jedes einzelnen aufgehobenen Frohndrechts, für welches eine Nachforderung gemacht wird, betrage, ob und wie viel er also das bereits ermittelte Ablösungskapital im Ganzen übersteige. Y.

II.

Einige Worte gegen die Todesstrafe.

Motto. Die Möglichkeit der Todesstrafe ist eine Folge der niedern Stufe von Sittlichkeit und Religiosität, auf welcher die Menschheit stehet, und ihr Vorkommen eine mitwirkende Ursache davon, daß noch so viel barbarisches und herzloses in der Welt ist.

Bulau.

Der kurze Aufsatz, welchen Trefurt in Nr. 23 der Annalen über die Frage hat abdrucken lassen, „ist die Todesstrafe rechtlich zulässig und nothwendig" legt mir die Pflicht auf, eine nähere Beleuchtung dieser Frage nachfolgen zu lassen, weil ich es für ein Unglück erachten müßte, wenn seine Ansicht den Beifall der Mehrheit in den badischen Kammern erlangen sollte.

§. 1. Gerne gebe ich ihm zu, daß es unbedingtes Gebot der Vernunft sei, daß die Aufhebung des Gesetzes (des Gesammtwillens vernünftig freier Wesen), in der Person des Einzelnen, wie sie durch das Verbrechen äußerlich ins Leben tritt, wieder hergestellt werden müsse durch die Strafe, und daß diese äußere Wiederherstellung Statt finden müsse neben der innern, durch die Reue bewirkten, weil nicht blos der innere sondern auch der äußere Rechtsstand aufgehoben war. Ich gebe ferner zu, daß die Strafe Abstufungen nach den verschiedenen Abstufungen der Verbrechen haben und daß die schwerste Strafe auch das schwerste Verbrechen treffen müsse. Wenn aber der Verfasser sagt:

„fragt man weiter nach der Maaßbeschaffenheit der Strafe, so zeigt sich auch hier sogleich die Nothwendigkeit des Prinzips der Gleichheit oder Verhältnißmäßigkeit zwischen Strafe und Verbrechen" und wenn er hieraus den Schlußsatz ableitet:

„nur der Tod ist eine gleiche, folglich gerechte Vergeltung für die in der Form der strafbarsten Zurechnung begangene Tödtung", so scheinen mir hier die zwei ganz verschiedenen Begriffe von Gleichheit und von Verhältnißmäßigkeit nicht streng genug geschieden zu seyn. Unter Gleichheit kann doch hier nur die kurz vorher von dem Verfasser erwähnte innere Gleichheit der Strafe mit dem Verbrechen, also das gleiche Maaß der Aufhebung des freien Willens des Verbrechers in seiner Aeußerlichkeit verstanden seyn, und die höchste Strafe, also die dem schwersten Verbrechen entsprechende, wäre die totale Aufhebung des freien Willens in seiner Aeußerlichkeit. Wird der Begriff von Gleichheit auf diese Weise festgehalten, so bleibt immer noch die Streitfrage offen: wie wird diese totale Aufhebung des freien Willens zu Stande gebracht? Wenn aber der Verfasser bald nachher weiter gehet und sagt: „nur das Leben stehet dem

Digitized by Google

Leben an Werth gleich", so sieht man, daß die Idee von Wiedervergeltung mit der Idee von Rechtsherstellung bei ihm zusammen fließet, daß er Strafmaaß und Strafgattung nicht strenge genug unterscheidet. Aber zu welchen Abwegen würde es führen, wenn wir die verschiedenen Strafgattungen nach der verschiedenen Gattung der durch das Verbrechen zugefügten Beschädigungen normiren wollten! Auf das Verbrechen boshafter Verstümmlung müßte die Strafe der Verstümmlung, auf einen mit Martern verbundenen Mord ein martervoller Tod folgen.

Das jus talionis haben unsere Voreltern sehr klug in ihre Strafgesetzgebung aufgenommen, in dem Augenblick, da das Gesetz anfangen sollte, an die Stelle der Selbsthülfe und Blutrache zu treten, denn nur in dieser, den Begriffen der damaligen Zeit huldigenden Form konnte das Gesetz Eingang finden, konnte das Eintreten und Fortbestehen eines gesetzlichen Zustandes überhaupt gehofft werden, aber diese Periode des Uebergangs aus dem Zustand der Selbsthülfe in jener der Gesetzlichkeit ist längst vorüber. Gibt mir der Verfasser zu, daß unter „Gleichheit" des zuzufügenden Strafübels nicht jene der Gattung nach, sondern Gleichheit dem Maaß nach verstanden werden, so muß er sich auch zufrieden geben, wenn auf das schwerste Verbrechen, d. h. totale Aufhebung des Rechts in der Person des Verbrechers, auch als schwerste Strafe die totale Aufhebung seines freien Willens in seiner äußern Erscheinung erfolgt.

§. 2. Aber ich gehe unbedenklich noch einen Schritt weiter, ich behaupte: der Tod, an und für sich, ist gar kein Uebel, kann also auch nicht als Strafübel angewendet werden. Das Leben ist der Güter höchstes nicht, es ist gar kein Gut, auch kein Uebel, es ist rein eine Form, in welche wir unsere Begriffe von Glück oder Unglück hinein tragen, es ist eine Wohlthat oder eine Bürde je nach dem wir es treiben oder es mit uns getrieben wird. Niemand kann entscheiden, ob die Entziehung des Lebens für den einzeln Menschen in dieser oder jener Epoche seines Lebens eine Strafe oder eine Wohlthat sei?

Man wird mir nicht einwenden, daß der Tod nothwendig ein großes Uebel seyn müsse, weil so viele Menschen sich vor ihm fürchten. Der Instinkt der Selbsterhaltung ist weislich in unsere sinnliche Natur gelegt, damit die Gattung „Mensch" nicht durch Gleichgültigkeit gegen ihr Fortbestehen untergehe, aber die Befriedigung eines Instinkts, wäre er auch noch so sehr später durch die Reflexion unterstützt, ist niemals des vernünftigen Wesens höchstes Gut. Nein! Sein höchstes Gut ist seine Freiheit und die Entziehung dieser — Einsperren im festen einsamen Kerker — die höchste Strafe, zu welcher menschliche Strafgewalt hinansteigen kann.

§. 3. Wenn das Gesetz die Tödtung eines Menschen in Folge eines von ihm begangenen Verbrechens statuirt, so vernichtet es den ganzen Menschen, nicht blos in so ferne sein Willen durch die That zum äußerlichen wird, sondern auch (so weit unsere irdische Erkenntniß reicht) seinen innern Willen. Diese Vernichtung des innern Willens, als Strafe, kann nur sich beziehen auf die bei dem Verbrechen vorgegangene innerliche Rechtsaufhebung, mithin auf etwas für das Recht und namentlich für das Strafrecht, unerreichbares. Es liegt hierin eine Ueberschreitung des Gebiets des Gesetzgebers, welche niemals als von der Gesammtheit gebilligt betrachtet werden kann, vielmehr lediglich als Ausfluß der Gewaltthat betrachtet werden muß, denn der vernünftige Wille der Gesammtheit kann niemals auf die innere Freiheit verzichten, er kann niemals aussprechen daß der innere Wille einem irdischen Richter unterworfen, daß er ein Objekt des Rechts werden solle: ist er dies nicht, so kann auch die Vernichtung des innern Willens niemals als Strafe ausgesprochen werden. Wenn der Verfasser selbst sagt: „Der innerliche Willen ist durch seine übersinnliche Natur aller äußern Gewalt entrückt" so gesteht er damit zu, daß eine von der äußern Gewalt erkannte und vollzogene Strafe eine unbefugte sei, wenn sie den innerlichen mit dem gesammten Menschen vertilgt. So wenig der Selbstmord von der Vernunft gebilligt werden kann, weil der Selbstmörder über etwas verfügt, worüber zu verfügen er kein Recht hat, eben so wenig kann aus gleichem Grunde die Todesstrafe gebilligt werden.

Man hat freilich gesagt: der Mörder hat sich durch seine That außer den Schutz der Gesetze gesetzt, er befindet sich in einem Kriegszustand gegen die bürgerliche Gesellschaft, wäre dieß der Fall, so wäre ja der Feind ein Gefangener und kein Grund mehr vorhanden ihn zu tödten, aber sollte auch das letztere geschehen, so könnte man ihn nicht „von Rechtswegen" verurtheilen und hinrichten, man müßte ihn „von Gewalt wegen" ohne Umstände beim ersten Aufgreifen todtschlagen.

§. 4. Noch mehr fällt die Unstatthaftigkeit der Todesstrafe in die Augen, wenn wir die durch das Verbrechen zur Erscheinung gewordene innere Negation unter die Form der Zeit stellen. Wer auch nur wenige Untersuchungen wegen schwerer Verbrechen geführt hat, wird mir bestätigen, daß während des Verlaufs der Untersuchung der Verbrecher nach seinem innern Zustand drei wesentlich verschirdene Perioden durchlauft. Die erste Periode begreift jenen schweren Stand, da Verhärtung und Furcht vor der Strafe den Verbrecher das Zerwürfniß, in welches er mit sich selbst gekommen ist, äußerlich noch bemeistern läßt; er läugnet, ist vielleicht noch im Stande, sich so weit zu täuschen, daß er sich selbst nicht gestehet, daß die That ihn reue. Das bittere Gefühl der Reue ist natürlich immer vorhanden, denn so lange der Mensch ein

Digitized by Google

vernünftiges Wesen, d. h. nicht wahnsinnig ist, übt die Vernunft unerbittlich ihr inneres Richteramt und kann, als göttlichen Ursprungs, durch keine, auch noch so verworfene Handlung ausgetilgt werden.

Die zweite Periode ist die, da das Geständniß der Rechtsverletzung zuerst innerlich und dann auch, bei zweckmäßigem Benehmen des Untersuchungsrichters, äußerlich hervortritt. Von diesem Zeitpunkt an ist der Verbrecher ein ganz anderer Mensch. Er hat die grausenhafte Negation, die in dem Entschluß zum Verbrechen liegt, erkannt und strebt nach deren Wiederaufhebung, er stellt sich wieder unter das Gesetz, anstatt daß er früher außer desselben gestanden war. Bei den meisten Verbrechern erscheint bei dem Eintritt in diese Periode eine gewisse Freudigkeit, die nicht selten in Redseligkeit und in eine Art von Vertraulichkeit gegen den Untersuchungsrichter übergehet. Es ist das Gefühl der allmähligen Entlastung des Gewissens, das Vorgefühl, daß die in dem Verbrechen liegende Negation aufgehoben werden könne.

Die dritte Periode tritt unmittelbar nach Verkündung des Urtheils ein. Es ist dem Recht Genüge geschehen: nicht selten vernimmt der Verbrecher dankbar und mit einer Art von Befriedigung die Ankündigung, durch welches ihm zugefügte Uebel die Aufhebung der Negation Statt finden soll. Wie unendlich verschieden ist dieser Mensch von jenem unmittelbar vor Vollbringung der verbrecherischen That, und doch liegt in der Natur des Strafrechtes, daß jetzt nur beurtheilt und bestraft werden kann, der Mensch wie er damals war und damals gehandelt hat, wenn anders die Strafe, und zwar eine verhältnißmäßige Strafe, das Verbrechen erreichen soll. Wenn es eine harte Nothwendigkeit ist, daß der Verbrecher nach seinem „ehemals" gestraft werde, während sein „jetzt" ein anderes ist, so liegt bei dauernden Freiheitsstrafen die Vermittelung darin, daß jedes Uebel, welches den Menschen trifft, also auch das ihm zuerkannte Strafübel, durch die Zeit und Gewohnheit leichter, erträglicher wird, daß also in derselben Weise, wie der Verbrecher sich mit sich selbst und dem Gesetz versöhnt auch sein Zustand mehr und mehr ein Verbesserter ist.

Aber das ist grade der Fluch einer im Namen des Gesetzes vollbrachten Tödtung, daß eine solche Vermittlung des unvermeidlichen Nachhinkens der Strafe bei ihr nicht möglich, daß der Verbrecher ein für allemal nach dem einzelnen Moment seiner äußersten Entfernung von dem Rechtsgesetz und zwar für immer gleichmäßig behandelt ist.

§. 5. Ihre meisten Stimmen hat die Todesstrafe durch die Theorie von der Abschreckung erlangt. Man sagt: das verhärtete Gemüth des Mörders schaudert vor keinem Strafübel zurück, bei dem er sich die Möglichkeit des Entkommens, des Strafnachlasses, überhaupt der Rückkehr in sein früheres Verhältniß denken kann, und es ist Unrecht den friedlichen, im Vertrauen auf den Staatsschutz sichern Bürger auf diese Weise der Gefahr für sein Leben und sein Eigenthum preis zu geben, er hat die größtmöglichste Sicherheit, also auch die größtmöglichste Abschreckung zu fordern. Ich antworte: bei der Todesstrafe kann nur von einer passiven Abschreckung die Rede seyn; nicht der wirkliche überwiesene Verbrecher soll abgeschreckt werden, denn bei ihm hört alle Thätigkeit auf, sondern andere. Des ersten Vernichtung ist also lediglich Mittel zu Erreichung eines Zweckes für andere der wenigstens möglicher Weise auch auf anderm Wege erreicht werden kann, also eine unerlaubte. Man vergesse nicht: nicht in der Gattung der Strafe, nicht in der größern oder geringern Strenge des Straf-Coder, sondern lediglich darin liegt die Abschreckung, daß das Verbrechen überhaupt ereicht, daß es sicher entdeckt und schnell und unerbittlich bestraft werde. Die meisten Verbrecher von Handwerk verhärten sich durch das Vertrauen auf ihre Schlauheit: sie hoffen nicht entdeckt zu werden, wenigstens, wenn sie verhaftet werden, sich durchzulügen oder durchzubrechen: ist ihnen durch zweckmäßige Einrichtung der Gefängnisse und gute Bestellung der Gerichtshöfe mit ihren Dienern diese Hoffnung benommen, so liegt in der Ueberzeugung, daß das Verbrechen der Strafe nicht entgehen werde, die beste Abschreckung

Sehr verschieden ist der Eindruck, welchen eine öffentliche Hinrichtung auf die Zuschauer macht: aber ich behaupte nicht zu viel, wenn ich versichere, daß bei weitem die Wenigsten an Abschreckung denken, und dieß sind grade diejenigen, die derselben am wenigsten bedürfen. Bei den meisten Zuschauern spricht sich Mitleid und Eckel vor einer Handlung aus, die nun ein für allemal der sittlichen Natur und dem Rechtsgefühl des Menschen widerspricht. Der rohe Haufen trägt das häßliche Gefühl befriedigten Behagens am Gräßlichen mit sich davon und in dem Busen des Theilnehmers am Verbrechen, wenn er, noch unentdeckt, Zuschauer war, kocht Zorn und Rachsucht, die keine Reue, keiner Abschreckung Raum läßt: er nimmt sich vor, künftig vorsichtiger, nicht aber besser zu werden.

Das öffentliche Schauspiel einer Menschenvernichtung schreckt nicht von dem Mord zurück, es führt im Gegentheil die Möglichkeit einer solchen Handlung vor Augen, stumpft den natürlichen Abscheu davor ab und gibt dem Mordsüchtigen einen Vorwand, durch die von seiner Neigung diktirten Trugschlüsse für sich eine Handlung zu vindiciren, die man ihm als einen Akt der Gerechtigkeit vorgeführt hat.

Digitized by Google

In den Zeiten und in den Ländern wo Hinrichtungen an der Tagesordnung sind, bleiben auch Todschläge eine häufige Erscheinung, aber je fremder der Gedanke an Tödtung der Gesetzgebung ist, um so fremder wird er auch der Nation.

Es gab eine Zeit da man in Deutschland wähnte, zue Abschreckung von schweren Verbrechen sei nothwendig, die Landstraßen mit Galgen und Hochgerichten zu bepflanzen: es sind kaum 30 Jahre, daß sie anfingen der Civilisation zu weichen. Damals erhoben sich viele warnende Stimmen die glaubten, die öffentliche Sicherheit werde durch die Hinwegräumung dieser Aushängeschilde der strafenden Gerechtigkeit gefährdet: es war nicht der Fall, und wenn ich heute vorschlagen wollte, sie wieder herzustellen, so würde auch nicht Eine Stimme mir Beifall geben. Schaffet die Todesstrafe ab! und nach weitern 30 Jahren wird man nicht glauben wollen, daß sie in unsern Tagen auch nur Einen Vertheidiger unter uns gefunden habe. Warum können die Vertheidiger der Todesstrafe sich nicht über die Art verständigen wie sie vollzogen werden soll? weil bei jedem Vorschlag das gräßliche Bild der Hinschlachtung eines Menschen lebhafter vor das Auge des Gesetzgebers tritt und der Abscheu davon nicht zum Entschluß kommen läßt. Niemand ist gleichgültigee gegen zeitliche Güter als derjenige, der keine besitzt und bereits darauf verzichtet hat, welche zu erwerben. und niemand ist dreister in Lebensgefahr, als wer bereits mit dem Gedanken vertraut ist, daß sein Leben täglich auf dem Spiel stehet. Er hat sich abgefunden mit dem Leben und das Bewußtseyn der Todesverachtung erziehet Helden des Räuberhandwerks.

§. 6. Ich schlage unsern Gesetzgebern vor, die sämmtlichen Fälle zu prüfen, in welchen in den letzten 20 Jahren in dem Großherzogthum Baden Todesstrafe vollzogen worden ist Sie werden finden, daß keine Gattung von Verbrechen so sehr eingerissen ist, daß die Abschreckung durch Androhung der Todesstrafe als das einzige Abhülfemittel erkannt würde, und umgekehrt wird sich zeigen, daß der Verbrecher nicht von der That wäre zurückgeschreckt worden, wenn ihm auch die Androhung der Todesstrafe noch so lebhaft vorgeschwebt wäre.

§. 7. Die Gesetzgebung ist die Schule des Volkes. Ihr moralischer Höhepunkt darf kein für die Generation, welcher Gesetze gegeben werden, unerreichbarer, aber er muß ein höherer seyn: er muß von dem Glauben ausgehen, daß es unter der Herrschaft des Gesetzes bei uns besser werde: er soll emporheben nicht niederdrücken. Wohlan denn Gesetzgeber Badens! Eure Stellung in diesem Augenblick ist eine hochwichtige für die Menschheit! Prüfet den sittlichen und rechtlichen Zustand des badischen Volkes, und wenn ihr findet, es ist für einen verbesserten Rechtsstand herangereift, so lasset Euch durch kein Bedenken von untergeordnetem Interesse abhalten, den großen Schritt vorwärts zu thun auf der Bahn der Civilisation. In der Nachfolge anderer Staaten wird Eurer Anerkennung euer Lohn in der eigenen Brust liegen.

Rettig. *)

III.

Zur Erläuterung des Arrestprozesses.

Der §. 694 Badischer Prozeßordnung sagt sehr klar und deutlich, daß nach geschlossener Verhandlung in der Rechtfertigungstagfahrt selbst das Erkenntniß über die Statthaftigkeit und die Fortdauer oder Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung des früher verfügten Arrestes verkündet werden müsse.

Man sollte nicht glauben, daß über den Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung eine Meinungsverschiedenheit obwalten könne. Allein es ist eine solche entstanden, und der Fall scheint mir wichtig genug, um ihn öffentlich zu besprechen.

In Sachen der Gräfin Waldner-Freundstein gegen die Inhaber der Friedrich von Adelsheim'schen Verlassenschaftsmasse war auf Ansuchen der Frau Klägerin durch das Hofgericht des Unterrheinkreises als dem Gerichte erster Instanz provisorischer Arrest auf die den Beklagten zukommenden Revenüen der Grundherrschaft von Adelsheim angelegt worden. Es wurde darauf eine Tagfahrt zu protokollarischer Verhandlung und eine weitere zu mündlicher Rechtsausführung abgehalten, in letzterer Tagfahrt kein Beschluß und nach 8 Tagen folgende Verfügung verkündet:

„Wird Tagfahrt zur Production der Urschriften der der „Replik in der Hauptsache ... beigelegten Urkunden an„beraumt, wobei sowohl der klägerische als der beklagte „Anwalt ... zu erscheinen haben, widrigenfalls u. s. w."

Die angeordnete Tagfahrt hatte trotz den Protestationen des beklagtischen Anwaltes, welcher auf sofortige Erlassung eines den Arrest entweder bestätigenden oder aufhebenden Erkenntnisses drang, statt, und es erfolgte darauf, einen Monat nach der Tagfahrt der mündlichen Rechtsausführung folgendes Beweis-Erkenntniß:

„Der klagende Theil hat binnen 14 Tagen dahier nach„zuweisen, daß das von dem Herrn Förster von Hohen„lohe auf den Freiherrn von Emminghaus cedirte Ka„pital von 25,000 fl. mit den dazu gehörigen Pfandrechten „unterm 15. August 1829 von Obergerichtsadvokat Ger„lach dahier als Bevollmächtigten der Erben des Freiherrn „von Emminghaus auf den Hofrath Gerbel, dann von „diesem zu einem Drittheil auf Handelsmann Hubert zu „Adelsheim, und von beiden unterm 11. August 1835 „seinem ganzen Betrage nach auf die Klägerin überteagen „worden sei, bei Vermeidung des Rechtsnachtheils, daß

*) Geheimerath und Regierungsdirektor in Konstanz. D. Red.

Digitized by Google

„sie sonst mit allen während dieser Frist nicht vorgeschlagenen „Beweismitteln ausgeschlossen werden würde."

Hierzu kommt noch, daß die ursprünglich gesetzte Frist von 14 Tagen spätee auf weitere 14 Tage erstreckt wurde.

Alle diese Verfügungen ergingen natüelich ohne Entscheidungsgründe.

Dieses Verfahren entspricht jedoch gewiß weder den gemeinrechtlichen Grundsätzen noch den ausdrücklichen Bestimmungen der bürgerlichen Prozeß-Ordnung. Es ist augenscheinlich ein höchst abnormes Verfaheen, welches mit der Hülfs-Vollstreckung beginnt, ehe nur der Beklagte gehöet ist, und es läßt sich dieses nur dadurch rechtfertigen, daß der Kläger seine Ansprüche und die Gefahr, dieselben zu verlieren, sofort gehörig bescheinige, und die Sache dann ohne weitere Verhandlung entweder für oder wider ihn entschieden werde. Im vorliegenden Falle wurde aber, dem Wesen nach, durch das Hofgericht anerkannt, dee Kläger habe den Arrest nicht gerechtfertigt, weil sonst derselbe hätte bestätigt werden müssen, und dennoch wurde er nicht aufgehoben. Es soll nun ein Beweis-Verfaheen eingeleitet werden, welches nach dem Anfange zu schließen, Jahr und Tag lang dauern kann, und mittlerweile soll der provisorisch angelegte Arrest immer fortbestehen! Das Hofgeeicht hat eine zweite Frist bewilligt, während nach der Prozeß-Novelle vom 3. August 1837 Art. 7 bei dem abgekürzten Verfahren, für welches nicht dieselben Gründe der Eile sprechen, als für das Arrest-Verfaheen, nur eine einzige Frist von 14 Tagen gegeben werden darf, und der Richter, nach deren Ablauf sogar ohne Anrufen in der Sache entscheiden muß.

Augenscheinlich besteht zwischen dem solchergestalt geleiteten Areestverfahren und dem ordentlichen Verfahren gar kein Unterschied mehe, und die Folge hiervon ist, daß zwei in gleichem Veefahren verhandelte Prozesse nunmehr bei dem Hofgeeichte neben einander herlaufen: die Hauptsache und die Sache, welche hätte Aeeest-Sache seyn sollen, aber in Folge einee derartigen Prozeßleitung sich von derselben nue noch darin unterscheidet, daß sie mit einee bis zu diesem Augenblicke nicht gerechtfertigten Beschlagnahme begann.

Es war dahee gewiß sehe ierig, daß das Hofgericht nach gepflogener Veehandlung nicht sofort das Erkenntniß veekündete, daß dasselbe eine Urkunden-Produktionstagfahrt anordnete, ein Beweis-Erkenntniß erließ, und am Ende gar noch eine zweite Frist bewilligte.

Natürlich konnte der beklagte Theil sich bei einem solchen Verfahren nicht beruhigen; da jedoch über den Arrest selbst noch kein Erkenntniß erfolgt wae, blieb ihm nichts übrig, als eine Beschwerde wegen verzögerter Justiz beim höchsten Geeichtshofe einzureichen. Diese wurde damit begründet, daß nach §. 694 dee bürgerlichen Peozeßordnung beide Theile, abee insbesondere der Beklagte, verlangen können, unmittelbar in der Rechtfertigungs-Tagfahrt ein Enderkenntniß über den Arrest zu erhalten, daher jede Hinausschiebung desselben, sei es duech Unthätigkeit oder eine übel gerichtete Thätigkeit des Richters eine Justiz-Verzögerung in sich schließe. Ueber den Ausfall dieser Beschwerdefuhrung werde ich seiner Zeit berichten.

v. Struve.
Obergerichts-Aovokat.

Anm. der Red. — Nach §. 686 dee P. O. muß der Arrestkläger sogleich mit dem Areestgesuch eine Bescheinigung sowohl der Ansprüche, welche durch den Arrest gesichert werden sollen, als auch des Arrestgeundes beibringen, und nur wegen besondeeer Gefahr auf dem Verzug kann nach §. 687, wenn die Anspeüche nicht ohne Grund scheinen, gegen Sicherheitsleistung voeläufig auch ohne Bescheinigung Arrest verhängt werden.

In allen Fällen ist aber alsdann in der Justifikationstagfahet nach §. 693 „vollständige Bescheinigung" beizubringen. Geschieht dies nicht, so hat der Arrestkläger den Aeeest nicht gehörig gerechtfertigt, dieser muß daher wieder aufgehoben werden, und das Gesetz gestattet nicht, demselben zur nachträglichen Beibringung der Bescheinigung eine weitere Frist zu gestatten.

Der neue Zusatz §. 674a, wornach der Richter im abgekürzten Verfahren gegen die Bestimmung des §. 674 Nr. 3 — 5 eine Frist bis zu 14 Tagen zum Beweisnachtrag zu gestatten hat, gilt ausdrücklich nur für die „Fälle des §. 673 Nr. 2—7", nicht abee auch für andee summarische Prozesse, wie sie in den Tit. 32 — 41 aufgeführt sind; daher hat es namentlich im Arrestprozesse bei der Voeschrift des §. 674, wie sie durch die §§. 686 und 693 modifizirt ist, zu verbleiben.

Mit einer Bescheinigung, wie die §§. 686 und 693 sie vorausetzen, ist übrigens einee seits mehr und andererseits weniger gefordert, als eine ordentliche Beweisantee-tung, — weniger, insofern die Bescheinigung nach §. 395 keine vollständige rechtliche Gewißheit, sondern bloße Wahrscheinlichkeit hervorzubeingen hat, mehr aber, insofern diese Wahrschinlichkeit sogleich bei der Tagfahet hervorzubringen, die Bescheinigung nämlich sogleich zu liefern, und nicht bloß Beweis erst anzutreten ist.

Was namentlich Abschriften von Urkunden betrifft, wegen deren im ordentlichen Beweisverfahren erst noch eine weitere Tagfahrt zur Vorlage den Originalien anzuordnen ist, so können sie, sofern sie unbeglaubigt sind, nie als Bescheinigung im Sinne des §. 395 gelten. Waren aber die im obigen Falle vorgelegten Abschriften gehörig beglaubigt, so könnten sie als Bescheinigung der darin beurkundeten Thatsachen gelten. Im erstern Falle war also, da der Kläger der Vorschrift des §. 693 nicht genügt hatte, die Anoednung einer weitern Peodukionstagfahrt unzulässig, und im letztern Falle war sie nach §. 395 vergl. mit §. 693 unnöthig, so daß in einem wie im andeen Falle am Schlusse der Justifikationstagfahrt nach §. 694 das Erkenntniß über die Fortdauer des Arrestes sogleich hätte erfolgen können.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Druckee und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 31. August 1839.

I.

Ueber das Verhältniß, nach welchem die Gant-Gläubiger in zweiter und dritter Ordnung zu der Berichtigung der Forderungen erster Ordnung beizutragen haben.

Bei der Vertheilung der Gantmassen wird von denjenigen, welche die bestrittene Frage, ob bei Mangel an genügendem freien Fahrnißvermögen die Deckungsmittel zu der Beeichtigung der Fordeerungskosten erster Oednung voe allem aus dem verpfändeten Fahenißveermögen und nach dessen Erschöpfung eest aus dem veepfändeten Liegenschaftsvermögen hergenommen werden müsse, verneinen und die Gläubigee beider Klassen zu gleichem Verhältnisse in's Mitleiden ziehen, bei der Veetheilung dieser Last unter die einzelnen Gläubiger sehr häufig ein ganz entgegengesetztes Verfahren eingehalten, indem

1) bald ohne alle Rücksicht auf den Uebererlös aus einem Faustpfand oder Specialhypothek, oder auf das Alter eines richterlichen Unterpfandsrechtes nach Maaßgabe der zu eehaltenden Zahlung das Bedürfniß zur Oeckung der Forderungen eestee Ordnung auf sämmtliche Gläubiger gleichmäßig ausgeschlagen wird, dagegen

2) bei andeeen Vertheilungsbeeechnungen den Specialpfandgläubigern dee Uebeeerlös aus ihren Pfandstücken zu gut geechnet wied, und ein, durch jüngeees richterliches Unterpfandseecht gesicheetee Gläubiger nicht eher die geringste Zahlung angewiesen eehält, als bis sein älteree, auf gleiche Weise gesicheetee Mitgläubiger nach Beeichtigung dee Forderungen eester Klasse ganz befeiedigt woeden ist.

Diejenigen, welche der ersten Ansicht folgen, berufen sich auf L.R.S. 2218 b wo die Verpflichtung zur Deckung der eesten Klasse sämmtlichen Gläubigern der zweiten und dritten Ordnung ohne Untreschied als eine gemeinschaftliche Pflicht auferlegt ist.

Diese Ansicht gefähedet aber die Rechtssicherheit, weil sie des im sorgfältigsten Gläubiger unmöglich macht, für den Fall eines Gantausbruches und bei dem gewöhnlich dabei sich ergebenden Mangel odee geeingen Bestande des freien Fahrnißvermögens sich vor — ost empfindlichem Verluste zu schützen; es gewähet ihm selbst drei- und viefacher Uebereerlös aus seinem Faust- oder Liegenschaftspfand in diesem Falle keine volle Befriedigung. Viele Privatpersonen, Vormundschaften, milde Stiftungen und andeee derartige Verrechnungen können mit einer geoßen Menge trauriger Beispiele die Wahrheit und die Geöße dieses Mißstandes bekräftigen und mit Veeweiszetteln uekundlich belegen.

Füe die zweite, oben angeführete Veetheilungsweise dieser Pflicht der Gantgläubiger zweiter und drittee Oednung spricht sonach schon diese Veekümmeerung der Rechtssicherheit, und foedert die Richter mit iheen Gehülfen bei Gantgeschäften, die Amtsrevisorate, laut auf, diese Ansicht möglichst zu begründen, was hiee in Folgendem veesucht wird.

1) Der L.R.S. 2218 b steht deeselben nicht entgegen, indem er, und eben so wenig eine andeee Stelle unseres Landrechtes, die Nichtberücksichtigung des Uebeeeelöses aus einem Specialunterpfande odee des Alters des richterlichen Unterpfandes füe unseeen Fall ausdrücklich gebietet.

2) Wenn nun aber auch eben so wenig eine Billigung der zweiten Ansicht in dem Landeechte mit düeeen Worten ausgesprochen ist, so läßt sich für dieselbe doch Folgendes anführen.

A. Alle die Forderungen erster Klasse, zu deren Berichtigung die Voezugs- und Unterpfands so wie die Faustpfandgläubiger beizutragen haben (von den Kosten, deeen §. 912 der Prozeßordnung eewähnt, ist hiee gar nicht die Rede) sind eine, diesen Gläubigern nach L.R.S. 2218 b als Gläubigee obliegende Last, sie sind eine Nebensache zu ihren Hauptfoederungen, und in der Mehezahl blos ein Kostenaufwand füe die Hauptsache. Hiernach erscheint auch die Rückforderung eines derartigen Aufwandes aus der Gantmasse nue als eine Nebenforderung zu dem geltend gemachten Hauptrechte.

Der Bürge muß nach L.R.S. 2016 einen solchen Aufwand dem Gläubiger bezahlen, der Schuldner selbst erscheint nach L.R.S. 1258 Ne. 3 erst nach Hinterlegung

Digitized by Google

einer hinlänglichen Summe zur Deckung der Kosten als befreit, warum sollte dem sorgfältigen Pfandgläubiger in einer Gant nicht gleiches Recht eingeräumt seyn?

Der L.R.S. 4 a und die Billigkeit, deren der L.R.S. 1135 besonders gedenkt, sprechen für diese Gläubiger so kräftig, daß der, in der That bestehende Gegengrund, daß nämlich jede besondere Deckung eines Gläubigers nach L.R.S. 2093 als Ausnahme von der Regel in den engsten Schranken zu halten sei, doch nicht als überwiegend erscheint.

Aus der Bestimmung des L.R.S. 2151, wornach nur ein zweijähriger Zinsrückstand gleichen Vorrang wie das, durch Unterpfand gesicherte Kapital genießt, kann aber keine Folgerung zum Nachtheile der hier vertheidigten Ansicht gezogen werden, weil diese Gesetzesstelle nicht im Allgemeinen von Nebenforderungen sondern insbesondere von Zinsen oder Renten handelt, und weil auch hiebei dem Gläubiger immer selbst eine gewisse Nachlässigkeit zur Last fällt, indem er zu des Schuldners und der übrigen Gläubiger Nachtheile zu lange mit der Eintreibung der verfallenen Renten zugewartet hat, während in unserem Falle der größte Fleiß des Gläubigers die Gefahr vor Verlust nicht von ihm abwenden kann.

Da nun auch L.R.S. 2162 am Schlusse von gesetzlichen Nebenforderungen, also von einer Mehrheit derselben spricht, folglich außer der ebenerwähnten Forderung für zweijährigen Zinsrückstand auch noch mehrere andere bestehen müssen, da ferner L.R.S. 2082 ausdrücklich den Faustpfandgläubiger auch wegen seines Kostenaufwandes deckt, da L.R.S. 2173 dem Inhaber einer verpfändeten Liegenschaft den Rückzug derselben nur dann gestattet, wenn er nebst der Pfandschuld auch die Kosten gezahlt hat, und so nach §. 693 des Code de procedur die Hinterlegung der, zur Bezahlung eingetragener Forderungen, Zinsen und der Kosten nöthigen Summen die Gültigkeit einer Privatveräußerung der zur Zwangsversteigerung ausgesetzten Liegenschaften bedingt übereinstimmend mit §. 1038 Nr. 1 unserer Prozeßordnung, so werden wir wohl mit Recht auch diejenigen Forderungen unter die gesetzlichen Nebenforderungen rechnen dürfen, welche einem Gläubiger zweiter und dritter Ordnung für die ihm ganz unvermeidlichen Auslagen zur Deckung der Forderungen erster Ordnung erwachsen sind.

B. Dieser Ansicht scheint auch der Abgeordnete Bekk als Berichterstatter in der II. Kammer der Landstände gewesen zu seyn, indem er bei Prüfung des §. 915 des Entwurfes der Prozeßordnung mit den Worten: „sofern die Güter nach solchen Abzügen zu ihrer Befriedigung nicht mehr hinreichen" nichts anders auszusprechen scheint, als daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, zu verlangen, daß der Uebererlös aus seinen Unterpfändern vor allem zur Zahlung der ihm zur Last fallenden Nebenverbindlichkeiten verwendet werde.

C. Die hier vertheidigte Meinung ist auch schon vom Großh. Justizministerium in einem Erlasse vom 5. August 1828 Nr. 3676 als die richtige anerkannt und namentlich auch von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises zur Richtschnur angenommen worden.

D. Nach der Regel des allgemeinen deutschen Prozesses dürfte diese Ansicht unter Claproths Autorität als Einleitung in die sämmtliche summarische Prozesse §. 389, S. 583 und 581 auch als die richtige vertheidiget werden können.

E. Außer diesen allgemeinen Gründen steht aber im Großherzogthum Baden den Unterpfandsgläubigern noch ganz besonders ein Beetragsverhältniß zur Seite, indem unsere Obligationsformulare, Regierungsblatt 1830, Nr. 9 besagt, daß die Liegenschaften zur Sicherung des Gläubigers für Hauptsumme und Zinsen, auch etwaigen Schaden und Kosten zum Unterpfand verwilliget werden.

Der Beitrag des Gläubigers dritter Ordnung zur Bezahlung der Forderungen erster Ordnung aber ist ja sein Schaden, das sind seine Kosten, für welche ihn der Mehrerlös aus seinen Pfandstücken über den Betrag seiner Kapital- und Zinsforderung decken soll. Mag man nun auch diese Nebenforderungen als nicht schon gesetzlich der Hauptforderung in der Location gleichstehend anerkennen, so kann man doch nicht umhin, die hier vertheidigte Begünstigung wenigstens auf den Grund der Conventionalhypothek dem, durch förmliche Obligation gedeckten Gläubiger zu Theil werden zu lassen. Hiefür spricht sich auch Persil: Régime hypothécaire T. II. p. 52 und Gmelin: Ordnung der Gläubiger §. 31 S. 68 aus.

3) Die Austheilung der Beiträge zur Bezahlung der Forderungskosten erster Ordnung nach diesen Grundsätzen ist aber nicht so einfach, als wenn man ohne alle Rücksicht auf Uebererlös aus den einzelnen Pfändern nach dessen Verwendung zur Zahlung der Posten erster Klasse nur berechnet, wie viel jeder Gläubiger von der als Zahlung zu empfangenden Summe für die erste Ordnung sich noch abziehen lassen muß, nun mag zu der Beibehaltung des unter 1 erwähnten Vertheilungsverfahrens die Bequemlichkeit manchmal zum Nachtheile der Unterpfandsgläubiger mitgewirkt haben.

Es ist deßwegen auch noch von Wichtigkeit, das Verfahren bei Repartition jener Beiträge nach dieser Ansicht festzustellen. —

Ist vorerst im Allgemeinen berechnet, wie weit das ganz freie Vermögen die Forderungen erster Klasse nicht deckt, und wie viel also die Gläubiger zweiter und dritter Ordnung beizuschießen haben; so wird

Digitized by Google

A. in dem Falle, wo lauter Specialpfandgläubiger bei der Gantmasse betheiliget sind

a) zu berechnen seyn, wie viel Beitrag per Gulden des Empfanges von allen, zur Zahlung gelangenden Gläubigern geleistet werden muß;

b) diesen Beitrag kann jeder Gläubiger aus dem Uebererlöse seines Pfandes zu seinem Guthaben an Kapital und Zins fordern;

c) der allenfallsige Rest des Uebererlöses kommt sämmtlichen übrigen Gantgläubigern gemeinschaftlich zu Gut, deren Pfanderlös den nach a berechneten Beitrag zur ersten Ordnung nicht deckt, und welche sodann den noch weiter bleibenden Deckungsbetrag für jene erste Klasse unter sich nach Verhältniß des Empfanges ausschlagen müssen.

Der Deutlichkeit wegen setzen wir das Beispiel:

	Reiner Uebererlös. fl.	Beitrag. fl.	Deckung. fl.
In einer Gant haben fünf Specialpfandgläubiger	—	—	1000
Zahlung zu erhalten, und beizutragen zu der ersten Ordnung	—	—	100
Hiervon trifft es den Gläubiger			
A bei einer Forderung von 100 fl. Beitrag	—	10	—
diese Gesammtforderung gleicht sich aus mit dem Pfanderlös zu 110 fl.			
B leistet bei 100 fl. Forderung gleichfalls	—	10	—
sein Mehrerlös ist 20 fl., folglich bleiben rein zu Gunsten der übrigen Gläubiger	10	—	—
Gläubiger C hat nach Abzug des Mindererlöses aus seinen Pfandstücken noch zu fordern 350 fl.			
D hat bei 400 fl. Forderung einen Uebererlös von 60 fl., folglich nach Deckung seines Beitrags zur ersten Ordnung	—	40	—
noch einen reinen Ueberschuß von	20	—	—
E bei 60 fl. Forderung einen Wenigererlös von 10 fl., folglich 50 fl. Zahlung zu hoffen, gedeckt sind	30	60	—
also haben die Gläubiger C und E noch beizutragen	—	10	—
nämlich B 8 fl. 45 kr. und E 1 fl. 15 kr.	—	—	100

B. Sind dagegen neben jenen Specialhypothekargläubigern auch noch Generalhypothekargläubiger in einer Gant vorhanden, so ist natürlich, daß diesen letzteren der reine Uebererlös aus den einzelnen Pfandobjecten eines dritten Pfandgläubigers zu gut gerechnet werden muß, so daß diese beide ihre Beiträge, wie oben bei A, A, B und D bemerkt worden, mit in Rechnung bringen, und die jüngeren Specialhypothekargläubiger, welche keinen Uebererlös haben, nur nach Verhältniß der ihnen zu gut kommenden Summen zur Deckung der Posten erster Ordnung beizutragen haben.

C. Liefern dagegen alle Specialhypotheken einen Ueberschuß, und folgen diesen in dritter Ordnung noch mehrere Generalhypothekargläubiger nach, wie dieses so häufig bei Ganten der Fall ist, so fällt stets unter diesen dem jüngsten zur Befriedigung kommenden Pfandgläubiger die ganze Deckung der Forderungen erster Ordnung zur Last.

Der Gegenstand ist wegen seiner praktischen Wichtigkeit der Berathung von Seiten der Richter und Amtsrevisorate wohl würdig, weßhalb man wünscht, auch andere Stimmen hierüber zu vernehmen. St.

Die hier vertheidigte Ansicht hat auch die Regierung des Oberrheinkreises in einem unterm 3. Mai 1839 Nr. 8256, an die Katholische Kirchen-Ministerialsection erstatteten Vortrage in folgender Weise begründet:

Bei Fertigung der Vertheilungsberechnungen in Ganten wird hinsichtlich der Repartition der Zuschüsse der Gläubiger zweiter und dritter Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger erster Ordnung häufig ein ganz entgegengesetztes Verfahren eingehalten, indem bald ohne Rücksicht auf den Uebererlös aus einem Faustpfande oder aus einer Specialhypothek oder auf das Alter eines richterlichen Unterpfandsrechtes das Bedürfniß zur Deckung der ersten Ordnung auf sämmtliche Gantgläubiger zweiter und dritter Ordnung gleichmäßig nach der zu erwartenden Zahlung ausgeschlagen, bald dagegen bei andern Vertheilungsberechnungen den Faustpfand- und Specialhypothekargläubigern der Uebererlös aus ihren Pfandstücken zu seinem Zwecke zu gut gerechnet und einem durch jüngeres richterliches Unterpfandsrecht gesicherten Gläubiger nicht eher die geringste Zahlung zugewiesen wird, als bis sein älterer auf gleiche Weise gesicherter Mitgläubiger nach Berichtigung der Forderungen erster Ordnung ganz befriedigt ist.

Die erste Verfahrungsweise gefährdet aber die Rechtssicherheit in hohem Grade, weil sie es auch dem sorgfältigsten Gläubiger unmöglich macht, für den Fall einer Gant und bei dem, sodann gewöhnlich vorhandenen gänzlichen Mangel oder sehr geringem Bestande des freien Fahrnißver-

Digitized by Google

mögens sich vor empfindlichem Verlust zu schützen. Es gewährt ihm dann selbst 3- oder 4fachen Meereslös aus seinen Faust- oder Unterpfändern nicht volle Befriedigung.

Wie viele Privatpersonen, Vormundschaften, milde Stiftungen und andere derartige Verrechnungen können mit einer Menge trauriger Beispiele die Wahrheit und Größe dieses Mißstandes leider bekräftigen!

Schon diese herbe Erfahrung spricht für die zweite, oben angeführte Vertheilungsweise, und fordert uns, die wir Kenntniß von so häufigen und oft beträchtlichen Verlusten der Lokal-milden Stiftungen erhalten, welche durch die Befolgung der erst erwähnten Ansicht herbeigeführt werden, dringend auf, die zweite Verfahrungsweise möglichst fest zu begründen und geltend zu machen.

1) Entgegen steht der L.R.S. 2093 und 2094, welcher bestimmt, daß das Gesammtvermögen des Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand aller seiner Gläubiger und der Erlös aus solchem unter sie verhältnißmäßig zu vertheilen ist, so oft nicht eine rechtmäßige Ursache Einen der Gläubiger dem Andern vorgehen läßt. Diese rechtmäßige Ursache ist ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht.

Letztere sind also Ausnahmen von der Regel und darum in möglichst engen Schranken zu halten; daß aber unser Fall unter die Ausnahmen gehöret, wird später wohl erwiesen werden.

2) Entgegengestellt wird ferner unserer Ansicht der L.R.S. 2151, wornach nur ein zweijähriger Zinsrückstand gleiches gesetzliches Vorrecht wie das Kapital genießt. — Allein diese Gesetzesstelle spricht nicht davon, daß diese Zinsforderung die einzige Nebenforderung ist, welche dem Kapital hinsichtlich des Vorranges gleich steht, und hat das gesetzgeberische Motiv zum Grunde, daß nicht ein Pfandgläubiger aus seiner eigenen übergroßen Nachsicht gegen den säumigen Schuldner oder aus seiner Nachlässigkeit einen Nutzen zieht, der die übrigen Gläubiger sehr gefährden kann.

3) Eben so wenig wird mit Grund der L.R.S. 2218b unserer Ansicht entgegengestellt werden können, weil er und keine andere Stelle unseres Landrechts mit bestimmten Worten einem Faustpfand- oder Hypothekargläubiger verbietet, seinen Beitrag zur Deckung der Forderungen erster Ordnung zugleich mit seiner Kapital- und Zinsforderung in Rechnung zu bringen.

Dieses Gesetz will vielmehr nur soviel sagen, daß die Gläubiger der zweiten und dritten Ordnung einer Gant, den durch Erlös aus freien Fahrnissen nicht gedeckten Bedarf zur Befriedigung der Forderungskosten erster Ordnung als eine ihnen gemeinschaftliche Schuld nach dem Maßstabe der zu gewärtigenden Zahlung unter sich zu vertheilen haben, wenn kein Vermögen mehr zur Bezahlung der Gläubiger vierter Ordnung vorhanden ist. Es zieht also zur Deckung der Gläubiger erster Ordnung die Gläubiger der vierten Ordnung vor allem vor, und legt den weitern Mangel der zweiten und dritten Ordnung zugleich auf; hat also blos die einzelnen Ordnungen des Lokationsurtheils im Auge, und äußert sich gar nicht über die auf ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhende Frage, ob der Pfandgläubiger berechtigt sei, sein Vorzugsrecht auch hinsichtlich derjenigen Summe geltend zu machen, welche er zur Deckung der Forderungen erster Ordnung zahlen muß. Es steht im letzten Falle nicht eine Ordnung der Gläubiger einer andern Ordnung derselben gegenüber, sondern jeder Gläubiger für sich allein seinen sämmtlichen Mitgläubigern und streiten über die Frage, ob ein allenfallsiger Mehrerlös über Capital- und Zinsbetrag aus seinem Pfande ihm vor allen zur Kostendeckung oder ohne Berücksichtigung seiner der Gesammtzahl der Gläubiger zweiter und dritter Ordnung zu gut kömmt.

4) Allein auch für die zweite Ansicht, welche wir vertheidigen, findet sich keine directe Billigung im Landrechte, dennoch hoffen wir, durch Nachfolgendes ihre Richtigkeit erweisen zu können.

A. Die Berichtigung aller Forderungen der ersten Klasse (von den Kosten, deren §. 912 der Prozeßordnung gedenkt, ist hier gar nicht die Rede), welche den Gläubigern der zweiten und dritten Ordnung bei Ermanglung weitern hierzu geeigneten Gantvermögens obliegt, ist eine, ihnen nach L.R.S. 2218b als Gläubiger obliegende Last; sie ist ein accessorium odiosum zu ihren Hauptforderungen und häufig, ja meistens ein Kostenaufwand für ihre eigene Befriedigung.

Ein derartiger Aufwand und die Rückforderung desselben aus dem Pfanderlöse erscheint deßhalb auch nur als Nebenforderung zu dem geltend gemachten Hauptrechte.

Da nun am Schlusse des L.R.S. 2162 von gesetzlichen Nebenforderungen, also von einer Mehrheit derselben gesprochen wird, folglich außer der Zins- oder Rentenforderung (L.R.S. 2151) noch mehrere andere bestehen müssen; da nun nicht nur im Allgemeinen das Landrecht im Satze 1258 Nr. 3 die Kosten eines Gläubigers als eine gesetzliche Nebenforderung des Hauptrechtes anerkennt, sondern auch hinsichtlich der Pfandrechtsverhältnisse L.R.S. 2082 ausdrücklich dem Faustpfandgläubiger auch der Kosten wegen Sicherung gibt; da L.R.S. 2173 dem Inhaber einer verpfändeten Liegenschaft nur dann den Rückzug derselben gestattet, wenn er nebst der Schuld auch die Kosten zahlt; da endlich §. 1038 der Prozeßordnung einem Schuldner noch den Handverkauf einer im Wege des Vollstreckungsverfahrens bereits angegriffenen Liegenschaft gestattet, wenn der Kaufschilling zur vollständigen Befriedigung der eingetragenen Gläubiger und zur Zahlung der Kosten des Vollstreckungsverfahrens hin-

Digitized by Google

reicht, auch §. 693 des Code de procédure, welcher dieselbe Bestimmung enthält, ausdrücklich erwähnt, daß der Erlös die Forderung der Hypothekargläubiger an Kapital, Zinsen und Kosten decken muß, so werden wir wohl auch diejenigen Forderungen unter die gesetzlich bevorzugten Nebenforderungen rechnen dürfen, welche einem Gantgläubiger der zweiten und dritten Ordnung für die ganz unvermeidlichen Auslagen zur Deckung der ersten Ordnung erwachsen sind.

B. Auch die Billigkeit, die nach L. R. S. 4 a und 1135 in Ermanglung eines bestimmten Ausspruches des Gesetzes beachtet werden muß, spricht ganz für diese Ansicht, indem die entgegengesetzte dem Gläubiger, welcher als sorgfältiger Hausvater dreifache Deckung seiner Kapitalforderung sich verschafft hat, wegen des Beitrags zur ersten Ordnung nicht einen Heller mehr garantirt, als dem mit einfacher Hypothek sich begnügenden Gläubiger.

C. Dieser Ansicht scheint ebenso der Berichtserstatter der zweiten Kammer der Landstände Bekk gehuldigt zu haben, indem er gelegentlich der Prüfung des der Kammer von 1831 vorgelegten Entwurfes der Prozeßordnung, bei Erwähnung des §. 915 des Entwurfes und §. 914 der Prozeßordnung in den Worten:

„sofern die Güter nach solchen Abzügen zu ihrer Befriedigung nicht mehr hinreichen".

(Vergleiche authentische Beiträge zur Erläuterung der Prozeßordnung Seite 133) die Rechtsansicht ausspricht, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, zu verlangen, daß der Uebererlös aus seinen Unterpfändern vor allem zur Zahlung der ihm zur Last fallenden Nebenverbindlichkeiten verwendet werde, selbst wenn diese in seinem speziellen Interesse erwachsen sind.

D. Die hier vertheidigte Meinung ist auch schon vom Großh. Justizministerium in einem Erlasse vom 5. August 1838 Nr. 3676 an das ehemalige Main- und Tauberkreisdirectorium zu Werthheim, wie die abschriftlich angeführte Eröffnungsverfügung desselben vom 4. October desselben Jahres Nr. 11750 beurkundet, für die richtige anerkannt und namentlich von dem Großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises auch zur Richtschnur angenommen worden.

E. Außer diesen allgemeinen, aus dem Gesetze selbst hergeleiteten Gründen steht aber im Großherzogthum Baden den Unterpfandsgläubigern noch ganz besonders ein factischer Grund, ein Vertragsverhältniß zur Seite, indem unsere Obligationsform Regierungsblatt 1830 Nr. 9 besagt, daß die Liegenschaften zur Sicherung des Gläubigers für Hauptsumme und Zinse, auch etwaigen Schaden und Kosten zum Unterpfande bewilligt werden.

Der Beitrag des Unterpfandsgläubigers zu der Deckung der Forderungen der ersten Ordnung ist aber ja gerade sein Schaden, das sind ja seine Kosten, welche ihm zur Last fallen, und für welche ihn der Mehrerlös seiner Pfandstücke über den Kapital- und Zinsbetrag decken soll.

Mag man nun auch diese Nebenforderungen als schon gesetzlich der Hauptforderung in der Location gleichstehend anerkennen oder nicht, so kann man doch gewiß nicht umhin, die hier vertheidigte Begünstigung wenigstens auf den Grund des Vertrages, denen durch förmliche Obligation gedeckten Gläubigern zu Theil werden zu lassen, wofür auch namentlich Persil, Régime hypothécaire T. 11. pag 52 sich ausspricht.

Indem wir glauben, die von uns geltend gemachte Ansicht auf das Gesetz, auf Billigkeit und theilweise auf ein Vertragsverhältniß, durch das, was sub. 4 angeführt worden ist, fest begründet zu haben, wenden wir uns:

5) zu dem Verfahren bei Vertheilung jener Beiträge der Gläubiger der zweiten und dritten Ordnung zur Deckung der Forderungen erster Ordnung nach dieser Ansicht.

Ist nämlich einmal berechnet, welche Summe mit Weglassung des Uebererlöses aus einzelnen Pfandobjecten nach Verwendung des ganz freien Fahrnißvermögens, sowie der Deckungsmittel der Gläubiger der vierten Ordnung von den Gläubigern der zweiten und dritten noch beizuschließen ist, so wird:

A. in dem Falle, wo lauter Specialpfandgläubiger, ihr Deckungsmittel mag nun in Fahrnissen oder Liegenschaften bestehen, vorhanden sind,

a) vor allem zu berechnen seyn, wie viel Beitrag hierzu pr. Gulden des Empfangs von allen zur Zahlung gelangenden Gläubigern geleistet werden muß.

b) Diesen Beitrag kann jeder Gläubiger aus dem Uebererlöse seines Pfandes zu seinem Kapital- und Zinsguthaben fordern, er muß ihm bei der Vertheilung in das Soll geschrieben, und wieder vergütet werden.

c) Der allenfallsige Rest der Uebererlöse kommt allen denjenigen Gantgläubigern gemeinschaftlich zu Gute, deren Pfanderlös ihre Gesammtforderung nicht deckt und welche sodann den noch weiter fehlenden Beitrag zur Deckung der Forderungen erster Ordnung unter sich ausschlagen müssen.

B. Ist jedoch neben jenen Special- auch zugleich noch ein Generalhypothekargläubiger bei der Gant betheiligt, so ist natürlich diesem letzten Gläubiger der reine Uebererlös aus den Pfandobjecten eines älteren Gläubigers als ihm verpfändet, zu Gut zu rechnen, so daß dieser seinen Beitrag mit in Rechnung bringen und die älteren Spezialpfandgläubiger, welche keinen Uebererlös mehr haben, den Rest des Bedarfs der ersten Ordnung nach Verhältniß der zu erwartenden Zahlungen mit ihm theilen müssen.

C. Liefern dagegen alle Specialhypotheken einen Uebererlös und es folgen denselben noch mehrere Generalhypotheken nach, wie dieses so häufig bei Ganten der Fall ist, so fällt

Digitized by Google

dem jüngsten derselben, der noch zuletzt zur Befriedigung gelangt, die ganze Deckung des Bedarfs der ersten Ordnung zur Last, weil ja sonst im Gegensatz zu dem ältern etwa durch richterliches Pfandrecht gesicherten Gläubiger gegenüber, kein Uebererlös, auf den jener Anspruch machen könnte, existirte.

Anmerkung der Redaktion.

Bei Fassung des L. R. S. 2218 b. scheint man nur den Fall im Auge gehabt zu haben, da jeder Gläubiger der zweiten und der dritten Ordnung ein besonderes Pfandrecht hat; oder man hat angenommen, daß die Gläubiger, welchen ein und dasselbe Gut verhaftet ist, gegenüber den andern Gläubigern nur eine Einheit bilden, daß sie alsdann im Verhältniß zu den letztern das Betreffniß von den Vorzugsforderungen der ersten Klasse auf das ihnen verhaftete Gut zu nehmen haben, wogegen die Frage, ob und in welchem Verhältnisse sie dieses Betreffniß unter sich zu theilen haben, sich nach der allgemeinen Rangordnung richte. Diese Rangordnung beachte es alsdann mit sich, daß der Erlös des verschiedenen Gläubigern verhafteten Guts zuerst für jenes Betreffniß, von den Vorzugsverordnungen der ersten Klasse verwendet würde, der Rest aber zuerst dem ersten Gläubiger, und nur was übrig bleibt, nach einander den Nachpfandgläubigern zukäme.

Kaum glaublich ist es allerdings, daß der Verfasser des S. 2218 b mit klarem Bewußtseyn gewollt habe, daß Gläubiger, welche mit verschiedenem Range auf ein und dasselbe Gut versichert sind, dasjenige gemeinschaftlich leiden, um was ihr Unterpfand durch Beiträge zur ersten Klasse geschmälert wird, statt daß nach der allgemeinen Rangordnung der Nachpfandgläubiger vom Pfanderlöse sonst nichts erhalten kann, so lang nicht der ihm vorangehende Gläubiger mit seiner Forderung befriedigt ist.

Mag es sich aber auch nach dem S. 2218 b hiemit verhalten, wie es will, so wird jedenfalls die Prozeßordnung als das jüngere Gesetz zu Gunsten der Vorpfandgläubiger entscheiden.

Der §. 898 der Prozeßordnung behandelt den Fall, da ein Gläubiger Unterpfandsrecht auf mehrere Güter hat, welche einzeln auch andern Gläubigern mit spätern Pfandrechten verhaftet sind. Dieser Paragraph ist daher auch hier anwendbar, wo die Gläubiger der ersten Ordnung ein allen Gläubigern der zweiten und dritten Ordnung voranghendes Vorzugsrecht auf sämmtliches, auch den Letztern verhaftetes Vermögen haben.

Nach dem §. 898 soll nun der Erlös aller verpfändeten Güter nach Abzug dessen, was davon zur Deckung des vorausgehenden allgemeinen Pfandrechts (hier zur Befriedigung der Gläubiger der ersten Ordnung) erforderlich ist, unter die nachgehenden Spezialpfandgläubiger (hier unter die Gläubiger der zweiten und dritten Klasse) nach Verhältniß der Erlöse der ihnen verhafteten Güter vertheilt werden, vorbehaltlich der weitern Vertheilung dessen, was von einem solchen Erlöse auch nach Tilgung der speziell darauf ruhenden Forderungen noch übrig bleibt.

Nach Abzug dessen, was vom Erlöse der Pfandgüter der dritten Klasse *) noch zur Zahlung der Gläubiger der ersten Klasse verwendet wird, verbleibt also jener Erlös den speziell darauf versicherten Gläubigern. Diese einzelnen Gläubiger haben nicht, wie es im L. R. S. 2218 b ausgedrückt war, nach Verhältniß dessen, was sie empfangen, oder „was ihnen zufällt", zu den Forderungen der ersten Klasse beizutragen, — das hiezu Erforderliche wird vielmehr von ihren Pfandeelösen vorhinweg abgezogen, wodurch sich nur der Werth ihrer Unterpfänder mindert, was da, wo in der dritten Ordnung auf das nämliche Gut mehrere Gläubiger mit verschiedenem Range versichert sind, vorerst dem Letzten derselben zur Last fällt, indem der Erste jener Gläubiger den ganzen (durch die Forderungen der ersten Klasse geminderten) Erlös anzusprechen hat, ehe etwas davon den ihm erst nachfolgenden Gläubigern zukommen kann.

Diese, auf der Rangordnung des S. 2218 a Nr. 3 beruhende Grundsatz ist im §. 898 der Prozeßordnung aufrecht erhalten, und nur zwischen Gläubigern, welche verschiedene Unterpfänder haben, besteht kein Rang, derjenige, welcher sein Pfandrecht erst später erworben hat, soll also gegen denjenigen, der schon frühere auf ein anderes Gut versichert war, bei Deckung der Forderungen der ersten Klasse nicht im Nachtheil stehen.

In dem oben erwähnten Kommissionsberichte zum §. 899 (dem jetzigen §. 898) ist in dieser Beziehung gesagt:

„Ist eines von den Güterstücken mehrerer Nachpfandgläubigern, (hier überhaupt Gläubigern der dritten Ordnung) die nach einander eingetragen sind, also auf ein und dasselbe Gut verschiedenen Rang haben, versetzt, so gelten sie zusammen, im Verhältniß zu den auf andere Güterstücke versicherten Nachpfandgläubigern, nur als ein Gläubiger, — ihre Forderungen werden zusammengerechnet, und darauf ihr nach dem Unterpfanderlös zu bemessendes Betreffniß ausgeschieden, welches Betreffniß sie sodann nach dem Range ihres

*) Wie es mit den Gläubigern der zweiten Klasse stehe, und ob sie vor jenen der dritten Klasse, oder nur gemeinschaftlich mit diesen beigezogen werden, — ist eine andere, nicht hierher gehörige, Streitfrage. Hier handelt es sich nur um das Verhältniß der Gläubiger der dritten Klasse unter sich.

D. Red.

Digitized by Google

Pfandrechts unter sich vertheilen; denn die im §. 899 (jetzt §. 898) bezeichnete Vertheilungsart ist nur für diejenigen Gläubiger vorgeschrieben, welche nicht auf das nämliche, sondern auf verschiedene Güterstücke Pfandrecht haben, und hinsichtlich der auf das nämliche Gut versicherten Gläubiger bleibt es bei der allgemeinen Regel, daß sie das, was bei der Konkurrenz mit Andern auf ihr Gut trifft, nach dem Range ihrer Pfandrechte unter sich theilen. Hierüber bedarf es indessen keiner besondern Bestimmung."

Aus den nämlichen Gründen ist auch im §. 914 in Bezug auf die Kosten, welche auf das mit besondern Vorzugsrechten oder mit Unterpfandsrechten belastete Vermögen besonders verwendet wurden, ausdrücklich verordnet, daß dieselben „auf eben dieses Vermögen fallen," also nicht von den nach einander darauf versicherten Gläubigern gemeinschaftlich getragen werden, sondern nur den Pfandwerth mindern, und damit zuerst den Letzten der auf ein Pfandgut versicherten Gläubiger zur Last kommen. D. Red.

III.

Taschendieberei.

Am Vormittage des 18. Juli v. J. wurde der Barbier Franz Schmedding von Mudau in das Wirthshaus zum Hirschen daselbst gerufen, um einen fremden Juden zu rasiren. In der Stube befanden sich, außer dem Wirthe, noch der Gendarm Löhle und der Bürger Franz Kehl von Schlossau. Nachdem der Jude rasirt war, knüpfte Schmedding mit Fr. Kehl ein Gespräch an, und fragte denselben, in welchen Geschäften er hier sei? Als ihm Kehl erwiedert hatte, daß er nach Buchen gehen wolle, um ein Geschäft bei Amt abzuthun, schlug Schmedding vor, die Reise in Gesellschaft zu machen, indem er ebenfalls Geschäfte in Buchen zu besorgen hätte. Kehl fand jedoch nicht gerathen, auf diesen Vorschlag einzugehen, weil ihm Schmedding früher schon zweimal auf eine wirklich taschendiebische Weise das Geld aus der Tasche entwendet habe; er zog daher vor, den Schmedding allein nach Buchen gehen zu lassen, und gab demselben 12 kr, damit er ihm seine Geschäfte bei Amt besorge. Wir werden aber bald hören, daß Kehl dennoch in die Falle ging, obgleich ihm die früheren Taschendiebereien noch lebhaft vorgeschwebt haben, die er folgendermaßen erzählt:

„Das erstemal war es Nacht auf der Straße in Mudau vor dem Hirschwirthshaus, wo Schmedding mir, während er mich umarmte und küßte, den Geldbeutel aus meiner Westentasche herauszog, drei preußische Thaler aus demselben herausnahm und ihn wieder in meine Tasche hineinspielte. Vor einem halben Jahre hat er mich in dem vorhin erwähnten Hirschwirthshaus auf die nämliche Weise bestohlen, nur mit dem Unterschied, daß der Werth des Diebstahls nur ungefähr 1 fl. 30 kr. in kleinen Münzsorten betragen hat." — Da beide Vorfälle ohne Zeugen Statt gefunden haben, so unterließ Kehl die Anzeige.

Derselbe fährt nun in seiner Erzählung über den dritten Vorfall fort:

„Schmedding bat mich hernach, vom Tische aufzustehen und mit ihm in das Nebenzimmer zu gehen, was ich auch sogleich that. Kaum hatte ich die Thüeschwelle überschritten, so fiel er mir um den Hals, küßte und drückte mich, unterbrach alsdann seine Liebkosungen auf einige Zeit, während er seine Hände auf den Rücken gethan hatte, und fing nach kurzer Weile das Manöver mit den Umarmungen und Liebkosungen auf's Neue an, wobei er mich versicherte, daß er meinen Auftrag in Buchen auf's Beste besorgen werde. Nachdem er wieder von mir abgelassen hatte, setzte ich mich zurück an meinen Tisch und nach kurzer Weile entfernte sich Schmedding. Kaum war dieser fort, so erschien der Gendarm Dewerth von Mudau auch in der Wirthsstube. Die beiden Gendarmen und der Hirschwirth Giloth forderten mich auf, nach meinem Geld im Beutel zu sehen. Ich griff in meine Westentasche, wo ich den Beutel stecken hatte, und als ich ihn hervorzog, bemerkte ich gleich, daß das eine Ende an demselben (es ist ein Zwerchsackbeutel) aufgerissen war und der Rest des Geldes aus diesem Loch hervorragte. Diese Entdeckung kam mir gleich verdächtig vor; ich zählte deßhalb mein Geld und fand daß mir drei kleine und ein preußischer Thaler weggekommen sind. Ich wußte ganz genau, wie viel Geld ich in meinem Beutel hatte, denn ich hatte kurz vorher dasselbe in der Wirthsstube gezählt. Schmedding war jedoch damals noch nicht zugegen. Ich übergebe hier den Beutel, aus welchem mir die drei kleine und ein preußischer Thaler entwendet worden sind, und zwar ist Niemand anders als Schmedding der Dieb, indem er mir dasselbe während seinen Umarmungen und Liebkosungen in der Nebenstube entwendete. Er wußte mir, indem er sich ganz nahe an mich hinschmiegte, den Geldbeutel aus der Westentasche herauszuspielen und hat wahrscheinlich, während er die Hände auf den Rücken gelegt, die 4 Geldstücke gewaltsam durch den Beutel, der vorhin schon dort ein wenig zerrissen war, herausgedrückt und den Beutel wieder unter Wiederholung des früheren Manövers in meine Westentasche hineingespielt. Der Hirschwirth will zugesehen haben, wie Schmedding auf dem Rücken, während er mit mir in der Nebenstube war, meinen Geldbeutel in der Hand hatte und das Geld an dem einen Ende desselben herausdrückte."

Hirschwirth Giloth deponirte als Zeuge:

„Ich habe mich auf kurze Zeit in ein anderes Zimmer neben dem Hausgang, woselbst Schreinerarbeit gefertigt wird, entfernt gehabt, als Fr. Schmedding mir nachkam und mich in's Wirthszimmer resp. in die Nebenstube zurückrief. Als ich dorthin kam und um die Ursache meines Herbeirufens fragte, erhielt ich von Fr. Schmedding zur Antwort, daß ich dem Fr. Kehl, welcher damals auch in dem Nebenzimmer sich befand, hätte Geld wechseln sollen, nun sei es aber nicht mehr nothwendig. Ich sah dabei, daß 12 — 15 kr. auf dem Tische lagen, welche Schmedding nahm und zu sich steckte. Während dem klopfte Gendarm Löhle und verlangte ein weiteres Glas Bier. Ich nahm das Glas, ging wieder durch das Nebenzimmer und in den

Digitized by Google

Keller, denn von diesem Zimmer aus führt der Eingang in den Keller. Als ich die Kellertreppe herauf und an die Kellerthüre kam, sah ich, wie Fr. Schmedding, der sich mit dem Rücken gegen die Kellerthüre hingewendet hatte, den Geldbeutel des Fr. Kehl, welchen ich kurz vorher bei letzterem gesehen hatte, mit seinen beiden Händen auf seinem Rücken hielt und daran aebeitete und drückte. Ich trug dem Gendarm Löhle so schnell als möglich sein Bier hin, kehrte augenblicklich wieder in das Nebenzimmer, wo Schmedding und Kehl beisammen waren, zurück, und stellte mich an ein Fenster hin, um den weiteren Ausgang abzulauern. Schmedding hatte mir damals wieder den Rücken zugekehrt und habe ich bemerkt, wie derselbe mit seinen beiden Händen in den beiden Taschen seines Rocks handthierte. Auf einmal zog Schmedding seine Hände aus den Rocktaschen, legte solche dem Fr. Kehl, letzteren dabei küssend, auf die Brust und praktizirte so den Geldbeutel wieder in die linke Westentasche des Fr. Kehl hinein, was alles ich genau wahrgenommen, insbesondere, daß in demselben Augenblicke der Geldbeutel aus der Westentasche sah. Schmedding war in der sichersten Verlegenheit, ja man kann sagen, ganz außer sich; denn er schwatzte allerlei Dinge durcheinander, derselbe äußerte auch gleich nach dieser That, daß er nach Walldürn gehen wolle und hat sich auch bald darauf aus meinem Hause entfernt."

Im Uebrigen bestätigte Giloth die Angaben des Damnificaten und erkannte den von diesem zu Gericht übergebenen Geldbeutel auf Vorzeigen für den nämlichen, welchen er vor dem fraglichen Vorfalle bei Kehl gesehen habe

Gendarm Löhle bemerkte, wie Fr. Kehl in die Nebenstube hineinging, wohin sich unmittelbar vorher Fr. Schmedding verfügt hatte. Was in diesem Zimmer vorgefallen, hat Löhle nicht beobachtet; doch bestätigt er die übrigen Angaben des Damnifikaten ebenfalls.

Gendarm Demerth wußte über den Vorfall selbst nichts auszusagen.

Kehl und Giloth haben ihre Aussagen eidlich bekräftigt. Statt den Schmedding alsbald festzuhalten und dessen Taschen zu visitiren, ließ man ihn laufen. Eine spätere Visitation hatte keinen Erfolg, wie denn überhaupt nicht ausgemittelt werden konnte, daß Schmedding irgendwo Geldstücke der bezeichneten Art ausgegeben habe.

Was die Personalien betrifft, so ist derselbe den 26. Januar 1807 zu Mudau geboren, dermalen verheiratheter Bürger daselbst, Vater von 2 Kindern, Vermögenslos und Gehilfe bei seinem Vater, dem Chirurgen Ignaz Schmedding. In dem Leumuthszeugnisse ist bemerkt, daß er des Diebstahls verdächtig sei, ohne daß man etwas Verläßiges hierüber angeben könne. Er scheint Talent genug zu besitzen, um in London oder Paris als Chevalier d'industrie aufzutreten. In all seinen Verhören läugnete er die gegen ihn vorgebrachten Beschuldigungen und gab in Bezug auf den letzten Vorfall mehr nicht zu, als daß er, jedoch nicht allein, mit Kehl in einem Zimmer neben der Wirthsstube gewesen sei, wo ihm derselbe in Gegenwart des Wirthes Giloth 12 kr. auf den Tisch hingezählt, sodann unter der Thüre des Nebenzimmers die Hand geküßt und ihn dringend ersucht habe, ihm die Sachen in Buchen ja gut zu besorgen.

Der Gerichtshof nahm indessen diesen Diebstahl als erwiesen an und verurtheilte den Inculpaten zu einer 14tägigen Gefängnißstrafe. Wegen den früheren Entwendungen erfolgte eine Klagfreierklärung.

Bayer.

IV.

Anfrage.

Wie ist in dem Kriminalfall das Urtheil abzufassen, wo der Beweis, daß der Angeschuldigte das Verbrechen der Tödtung verübt habe, nicht völlig geführt, wo aber zugleich kriminalrechtliche Gewißheit vorhanden ist, daß der Angeschuldigte im Zustande der Nothwehr war! Ist in einem solchen Fall nach badischem Rechte die Formel klagfrei oder straflos zu gebrauchen? G.

Für denjenigen, welcher die Frage auflöst, wird nebenbei zu besserem Verstehen derselben bemerkt:

Der Streit ist zwischen klagfrei und straflos.

Die eine Meinung behauptet, es müsse die Formel Klagfrei Anwendung haben, weil der Beweis der Thäterschaft nicht vollends geführt ist, und weil das Straflos nur dann passe, wenn der Angeschuldigte der Tödtung schuldig wäre.

Die andere Meinung behauptet, daß es eine Ungerechtigkeit gegen den Angeschuldigten wäre, denselben nur klagfrei zu erklären, indem ihm die Nothwehr zur Seite stünde. Denn, wenn der Thäter, welchem die Nothwehr zur Seite stehe, für straflos erklärt werden muß, so ist doch gewiß auch derjenige für straflos zu erklären, welcher der Thäterschaft zwar nicht überwiesen, aber gleichfalls den gesetzlichen Entschuldigungsgrund der Nothwehr für sich hat.

In eo quod plus est, et minus continetur, wenn gleich §. 18 des Strafedikts nur von dem Fall spricht, wenn der Thäter überwiesen ist.

Beispiele:

1) Mehrere Pursche, A, B, C passen dem D auf, überfallen denselben, D stürzt zu Boden; der zu Boden gelegene D erhebt sich wieder und wehrt sich gegen die Angreifenden; kaum aber hatte sich D vom Boden erhoben, so stürzt A durch einen lebensgefährlichen Schlag getroffen, zu Boden und stirbt bald darauf an der tödtlichen Wunde.

Nun nämlich, während der Untersuchung, beschuldigten A und B den D der Tödtung des A. D leugnet überhaupt nach A geschlagen noch weniger ihm mit einem Prügel die tödtliche Wunde versetzt zu haben. Weitere Beweise gegen D sind nicht vorhanden, wohl aber ist durch zwei unpartheiische Zeugen constatiet, daß D zuerst zu Boden stürzte und erst nach seinem Wiederaufstehen der A.

2) Mit Bezug auf Art. 150 der C. C. C.

Der Hausherr A wird beschuldigt, den bei nächtlicher Weile gefährlicher Weise in sein Haus eindringenden Dieb B getödtet zu haben.

A leugnet diese Anschuldigung und behauptet, daß B sich die tödtliche Wunde durch einen Sturz bei der Flucht zugezogen und außer B und dem verdächtigen Zeugen C ist kein weiterer Beweis der Anschuldigung vorhanden.

Ist in diesen und ähnlichen Fällen das Klagfrei oder das Straffrei gesetzlich richtig?

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 7. September 1839.

I.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Rechtsfall, über eine Forderung von Läutbrod und Glockengarben.

Der Schullehrer von Ilwesheim klagte gegen mehrere einzelne dortige Einwohner auf Entrichtung einer Abgabe unter dem Titel Glockengarben und Läutbrod. Der Unterrichter verurtheilte die Beklagten, auf deren Appellation wies jedoch das Hofgericht die Klage ab.

Die in diesem Rechtsstreite vorgekommenen That- und Rechtsfragen ergeben sich aus nachstehenden

Entscheidungsgründen:

1. Die Verbindlichkeit zu Unterhaltung einer Schule und Besoldung des Lehrers ist im Allgemeinen ein Gegenstand des öffentlichen Rechts, da die Gründung und Erhaltung von Schulen, als Erziehungs-Anstalten für künftige Staatsbürger, im Staatsinteresse beruht. Die Erfüllung jener Verbindlichkeit liegt den Gemeinden und beziehungsweise der Gesammtheit der Ortseinwohner ob, weil diese der Dienste eines Schullehrers zu dem fraglichen Zwecke bedürfen. Gleichwohl kann bisweilen auch eine Verpflichtung einzelner Personen zu Beiträgen an einer Schullehrer-Besoldung bestehen; wenn nämlich dafür ein privatrechtlicher Titel vorhanden ist. Vgl. das Schulgesetz v. 28. August 1835, §. 13.

2. Der Kläger begehrt nun auf dem Civilrechtswege von den drei Beklagten, als Theil seiner Schullehrer-Besoldung, eine jährliche Rente unter der Bezeichnung von Glockengaeben und Läutbeod, und führt wiederholt an, daß er jene Abgabe nicht als eine, auf den Gütern der Beklagten ruhende Last, sondern als eine persönliche Verbindlichkeit derselben, in iheer Eigenschaft als Ortseinwohner von Ilwesheim in Anspruch nehme. — Nach seiner Ansicht sollen die landrechtlichen Bestimmungen über die Grundpflichtigkeiten auf dieselbe Anwendung finden. — Allein es fehlen nach seinem eigenen Vortrage die wesentlichen Merkmale einer Grundpflichtigkeit. Denn

a) könnte eine solche nach L.R.S. 710 g. a. nur dem Besitzer eines gewissen Orts, Hofs oder Guts gegenüber bestehen. Der Kläger fordert aber die betreffende Leistung nicht in der Eigenschaft als Ortsherr, Hof- odee Guts-Eigenthümer, sondern als Schulleheer. Sodann werden

b) vom Gesetze in Satz 710 gg. nue Bann-, Frohnd- und Erbpflicht als speties der Grundpflichten anerkannt, die verlangte Abgabe läßt sich aber nicht unter den Begriff einer dieser Lasten subsummiren und es darf nach L.R.S. 6 b keine weitere Gattung von Grundpflichten angenommen werden.

3. Ist die Abgabe demnach wedee eine Reallast, noch eine Grundpflicht, so müßte ein sonstiger privatrechtlicher Verpflichtungs-Grund voeliegen, wenn eine gerichtliche Verfolgung des Anspruchs Statt finden sollte. — Ein Gesetz besteht nicht, welches ausspricht, daß einem Schullehrer Läutbeod und Glockengarben von den Ortseinwohnern zu entrichten seyen; ein zwischen dem Kläger und dem Beklagten abgeschlossener Veeteag, wornach sie den Schuldienst mit jener Abgabe dotirt hätten, wurde eben so wenig angerufen.

4. Der Klägee führt überhaupt keinen Entstehungsgeund dee Verbindlichkeit an, sondern will seinen Anspruch — wie sich aus dee Klage und der von ihm vorgelegten, von dee großherzoglichen Kirchensection ihm ertheilten Instruction zu Führung dieses Rechtsstreits, ergiebt — lediglich aus Heekommen und langem Besitze ableiten. — Das Herkommen kann aber nach L.R.S. 6 d keine Rechte schaffen, es kann nur da, wo das Bestehen einer, dem Gebiete des Privat-Rechts überhaupt angehörigen Verbindlichkeit gewiß ist, unter Umständen über den Umfang und Gebrauch des ihe entsprechenden Rechts maaßgebend werden. — Auch der langjährige Bezug der Abgabe durch den Klägee und seine Voefaheen ist nicht entscheidend, da keine Gewißheit dafür vorliegt, daß die betreffende Abgabe eine solche ist, hinsichtlich welchee das Recht zum Bezug mittelst der, dem Privatrechte angehörigen Verjäheung, auch ohne Dasein eines sonstigen Rechtstitels, erworben werden könnte, es

Digitized by Google

vielmehr immer denkbar bliebe, daß entweder die Gemeindseinwohner von Ilwesheim, auch ohne daß zwischen ihnen und dem Schullehrer ein besonderes Rechts-Verhältniß eingetreten wäre, demselben eine Unterstützung durch Frucht und Brod seither verabreicht hätten (L.R.S. 2232 a), oder daß sie bei Leistung dieser Abgabe nur einer, aus dem öffentlichen Rechte entspeungenen Verbindlichkeit (wovon nachher) genügt hätten. — Sollte aber auch die Verjährung einen sonstigen Titel hier ersetzen, so versteht es sich von selbst, daß jene, weil eine persönliche Verbindlichkeit in Frage liegt, der Person der Beklagten gegenüber vollendet seyn müßte. Der Kläger gab aber keinerlei Thatsachen an, aus denen der Richter sich von dem Ablaufe der erforderlichen Zeit überzeugen könnte. Es wurde nicht einmal eewähnt, wann von Seiten der Beklagten mit Entrichtung der Abgabe begonnen worden ist.

Jene beide zur Klagbegründung angeführten Momente reichen demnach zue Rechtfertigung des Anspruchs nicht hin.

3 Der Kläger berief sich in der Klage auch noch auf einige früher ergangene Urtheile, welche, wie er sich ausdrückt, die Schuldigkeit bestätigen, und es wurden diese Urtheile nachher in der Beweis-Instanz producirt. — Da er indessen, wie bemerkt, nicht das Bestehen eines Realrechts behauptete und da eine Grundpflichtigkeit nicht vorliegt, so könnten jene Uetheile nur dann gegen die Beklagten von Wirksamkeit seyn, wenn dieselben entweder gegen Letztere selbst oder wenigstens gegen solche Personen ergangen wären, als deren Rechtsnachfolger die Beklagten in Bezug auf die feagliche Verbindlichkeit betrachtet werden müssen. L.R.S 1351. Beides ist jedoch nicht der Fall. Denn

a. Der Kläger behauptet nicht, daß unter denjenigen Einwohnern von Ilwesheim, gegen welche die betreffende Urtheile in den Jaheen 1773—78 eegingen, die jetzigen Beklagten in deeselben Partheieolle ebenfalls aufgetreten waren, und es ist dieses mit Rücksicht auf den seitdem verflossenen Zeitraum von 60 Jaheen ohnehin nicht denkbae.

b. Wenn die Urtheile auch sämmtlichen damaligen Ortseinwohnern gegenüber ergangen seyn sollten, so folgt daraus die fortdauernde Wirksamkeit auf die späteeen Einwohner nicht, weil dadurch, daß Jemand Einwohner odee Bürger einer Gemeinde wied, er nicht zugleich in peivatrechtlicher Beziehung als Rechtsfolger dee seübeen Ortseinwohner angesehen werden kann, daher diejenigen persönlichen, dem Privatrechtsgebiet angehorigen Verflichtungen nicht von selbst auf ihn übergehen, welche den frühern Ortseinwohnern durch richterliches Urtheil auferlegt wurden. Der Umstand, daß die Beklagten ebenso, wie diejenigen Personen, welche in den 1770er Jahren verurtheilt woeden sind, unter die Ortseinwohner von Ilwesheim gehören, ist daher hier nicht entscheidend.*)

c. Der Klägee führte zwar noch an, daß theils die jetzigen Beklagten selbst, theils deren Frauen solche Güter ewoeben hätten, welche zur Zeit der frühern Rechtsstreite im Besitze von Personen sich befanden, gegen die die damals gefällten Urtheile gerichtet waeen. Allein auch der Uebeegang einer Liegenschaft von einer Person auf die andre erzeugt bekanntlich die Wirkung nicht, daß alle persönliche Verbindlichkeiten der frühern Gutsbesitzer auf die neuen Besitzer übergehen. Da nun die jetzigen Beklagten in ihree Eigenschaft als Ortseinwohner für ihre Person belangt und keine Gutslasten in Anspruch genommen werden, auch von einee Grundpflicht nicht die Rede seyn kann, so ist auch der voreewähnte Umstand ohne allen Belang.**)

6. Wenn endlich der Klägee noch ein vor dem Bürgermeister von Ilwesheim am 22. Nov. 1833 aufgenommenes Protecoll prodicirt, und daraus ein Anerkenntniß von Seiten einigee dee Beklagten ableiten will, so steht einmal schon die Bestimmung des Satzes 1337 allen weitern, dem Kläger gunstigen Folgeeungen entgegen, da der Inhalt dee frühern

*) Dies ist ganz richtig, wenn dies Uetheil gegen die damals vorhanden gewesenen Ortseinwohner als Einzelne erging. Ist abee das Urtheil gegen die Ortseinwohner in ihrer Gesammtheit (gegen die Gemeinde) ergangen, so ist die veepflichtete Gesammtheit auch jetzt noch die Nämliche, und Jedee, welcher Mitglied derselben wiede, mußte eben damit auch die Lasten auf sich nehmen, welches die Gesammtheit für ihre Mitgliedee übernommen hat, welche also den Einzelnen als Gliedern dee Gesammtheit obliegen.

Gegenübee dee Gesammtheit, mit welcher die Schulpfründe einen Vertrag schloß, odee gegen die sie ein Urtheil erwirkte, bleibt in solchem Falle das Verhältniß ein Privatrechtliches, wogegen das Verhältniß der Einzelnen zur Gesammtheit dem öffentlichen Rechte angehört, und als ein Umlags-Verhältniß erscheint. Es wiede deshalb mitunter in ähnlichen Fällen, wo das Bezugsecht gegenüber der Gesammtheit privatecchtlich bestand, im Verhältniß der Gesammtheit zu den einzelnen Ortseinwohnern vom Ministerium d. Z. im Verwaltungswege entschieden, daß die Garben, die Leibe Brod ꝛc. nicht mehe in der bisherigen Weise, sondeen nach einem andeen, dem jetzigen Umlage Gesetze entsprechenden, Maaßstabe geliefert oder aus dee Gemeindekasse bezahlt werden sollen, u. d. g. (Ich weede im nächsten Blatte das vom Minist. d. Z. übee solche Abgaben erlassene Generale v. 9. Mai 1830 Nr. 4797—99 mittheilen.

D. Red.

**) Wurden in den 1770er Jaheen nicht die sämmtlichen Ortseinwohner als solche (in ihree Gesammtheit), noch auch als Besitzer von Gütern, die jetzt im Besitze aller jetzigen Einwohner sind, veruetheilt, so könnten die Letzteren auf den Grund jenes Uetheils nue in sofeen belangt weeden, als von jedem Einzelnen derselben nachgewiesen würde, daß er Eebe eines der damaligen Einwohner geworden sei, oder die diesfallsige Verbindlichkeit desselben duech einen andern privatecchtlichen Titel übernommen habe.

D. Red.

Digitized by Google

Rechtsurkunde, wenn eine solche je existirt haben sollte, in dem Protocolle nicht aufgenommen und das Protocoll noch nicht dreißig Jahre alt ist. Sodann aber hat der eine Beklagte, gegen den es namentlich geltend gemacht werden will, bei der Verhandlung nicht mitgewirkt; der zweite Beklagte aber darin, auf Eröffnung eines, auf die klägerischen Ansprüche bezüglichen Vorschlags nur erklärt: „Es möchte bleiben, wie es bisher war;" was zu unbestimmt ist, als daß die Anerkennung eines Rechts des Klägers und einer demselben entsprechenden privatrechtlichen Verbindlichkeit des gedachten Beklagten daraus ersehen werden könnte. — Hinsichtlich des dritten Beklagten wurde sich gar nicht auf das Protocoll berufen.

7. Nach alle dem erscheint die klägerische Forderung als unbegründet, und es ließe sich aus den frühern Vorgängen nur etwa folgern, daß, falls die betreffende Abgabe zwangsweise erhoben wurde, solche ihre alleinige Grundlage in der schon oben erwähnten, aus dem öffentlichen Rechte herkommenden Verpflichtung hatte, besonders wenn man erwägt, daß der Ausschlag auf die Einzelnen (sowohl nach dem den frühern Urtheilen zu Grund gelegten Heidelberger Oberamtscompetenzbuche, von 1610, als dem Urtheile von 1778) nach einem vom Vermögen der Ortseinwohner entlehnten Maaßstabe gemacht wurde, sowie daß die Ausmäcker nicht beigezogen worden sind; hiernach also die Abgabe die Natur einer Gemeinde-Umlage gehabt haben dürfte. — Wenn der Maaßstab durch das Urtheil von 1778 bestimmt wurde, so mag es damals in der richterlichen Competenz gelegen haben, derartige Verfügungen in Gemeinde-Angelegenheiten zu treffen, was jetzt nach dem Organisations-Edicte von 1809 Beil. D. §. 8. Abs. c. nicht mehr der Fall ist.***)

Kirn

***) Insofern der Schullehrer von den Einwohnern die Entrichtung des Läutbrods und der Glockengarben nicht auf den Grund eines privatrechtlichen Titels fordern wollte, sein sondern dies, fälliges Bezugsrecht als ein auf dem öffentlichen Rechte beruhendes in Anspruch genommen hätte, so wären, wie sich von selbst versteht, die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung über seine Ansprüche zuständig, allein er wäre mit diesen seinen Ansprüchen auch dort abgewiesen worden, denn zur Unterhaltung der Schule sind zwar die Gemeinden Kraft öffentlichen Rechts, nämlich nach dem Gesetze vom 28. August 1835, verpflichtet, jedoch nur zu Geld-Beiträgen und nicht zur Lieferung von Brod oder Garben. Wird aber die Abgabe, wie der Name derselben andeutet, gar nicht für die Schule, sondern für die Mösnerpfründe angesprochen, so besteht kein Gesetz, welches die Gemeinde oder Ortseinwohner überhaupt zu einer solchen Abgabe (sei es in Geld oder in Naturalien) Kraft öffentlichen Rechts verpflichtete, und sie kann (wie dies das Ministerium d. J. schon wiederholt entschieden hat) nur in sofern noch gefordert werden, als dafür ein besonderer privatrechtlicher Titel vorliegt.

D. Red.

II.

Hofgericht des Seekreises.

Sind alle Zwischenurtheile inappellabel?

J. S. Math. Schmid & Cons. Kläger, Appellaten gegen den Gr. Fiskus Beklagten Appellanten, Beholzungsrecht betreffend, war eine Klage auf Ausfolgung des Holzes, zu welchem die Kläger berechtigt zu sein glauben, bei dem Untergericht erhoben worden; im Lauf der Verhandlungen hatten die Kläger gegen den Beklagten eine Editionsklage in denselben Acten angestellt, mittels welcher sie zum Beweis des Umfangs ihres Rechts, die Holzbedarfslisten, welche von der Gemeinde alljährig eingereicht wurden, von den Beklagten herausverlangten. Während des Laufs der Prozedur wurde auf die Editionsklage vom Untergericht zu Gunsten der Kläger entschieden. Der Beklagte appellirte dagegen und erwirkte ein abänderndes Erkenntniß, wodurch das Gesuch um Edition abgewiesen wurde.

Hauptsächlich war dabei die Frage gestellt worden, ob die Appellation vor Entscheidung der Hauptsache schon Statt finde. Die Gründe der Entscheidung lauten:

Das Rechtsmittel der Appellation ist zulässig. Wenn auch der Art. 4. der Prozeßnovelle v. 3. Aug. 1837 dieses Rechtsmittel gegen Zwischenurtheile nicht gestattet, so muß diese Bestimmung ihrem Geiste nach auf solche Zwischenurtheile beschränkt werden, durch welche einer Partei nicht ein unabwendbarer Nachtheil zugehen würde; sie kann insbesondere nicht Platz greifen in Beziehung auf solche Erkenntnisse, durch welche wahre Zwischenklagen, welche nicht blos in Beziehung auf eine schon anhängige Prozedur, sondern auch selbstständig angestellt werden können, definitiv beschieden werden, wie im vorliegenden Falle die Editionsklage. In Beziehung auf solche Klagen (Anträge), welche nur zufällig, nicht nothwendig Nebenpunkte sind, gelten die desfallsigen Erkenntnisse, wie die Erkenntnisse über andere selbstständige Klagen für sofort appellabel.

In der Sache selbst konnte nicht dem Gesuch der Kläger gemäß erkannt werden, weil sie ihr Editionsgesuch lediglich auf den Umstand gründen, daß die Urkunden, deren Edition gefordert wird, gefertigt wurden, um als Beweismittel über das streitige Rechtsverhältniß zu dienen. Dies ist aber nach dem eigenen Vortrag der Kläger bei den fraglichen Urkunden nicht der Fall. Sie wurde nämlich nur als eine Consignation des jährlichen Holzbedarfs der Gemeinde gefertigt, und dem Fiskus nur zu dem Behuf übergeben, damit dieser eine klare Ansicht dessen erhalte, was man von ihm fordere. Es sollte also nach der ursprünglichen Absicht der Verfertiger der Urkunde und des Empfängers nichts dadurch bewahrheitet werden, und es kann dadurch in Beziehung auf das streitige Verhältniß nichts bewiesen werden, weil natürlich aus dem

Digitized by Google

Umstand, was die eine Partei von der andern fordert, nicht ermessen werden kann, was und wieviel sie zu fordern berechtigt sey, um welche letzte Frage es sich doch allein hier handelt.

In solchen Fällen wird man also appelliren können, oder die Appellation auch bis zum Endurtheil verschieben dürfen, §§. 392 und 1168 P.O.*); der Art. 4. der Novelle scheint allerdings nur von Zwischenpunkten, die wesentlich Zwischenpunkte sind, nicht auch von Zwischenklagen zu reden. X.

III.

Hofgericht des Seekreises vom Januar 1839.
Ueber den Sinn des Anhangsatzes 55 im Landrecht.

Die Kläger hatten bei Amt angetragen das Gericht möge die Schiedsrichter zu Entscheidung eines Streites über eine Handelsgesellschaft ernennen, weil die Beklagten, wie urkundlich nachgewiesen wurde, sich weigern, Schiedsrichter zu ernennen. Dabei zeigten die Kläger dem Amt an, daß sie die N. N. und N. N. ihrerseits zu Schiedsrichtern ernannt hätten. Das Amt ernannte sofort das ganze Schiedsgericht.

Die Kläger beschwerten sich deshalb bei dem Hofgericht, in dem sie behaupteten, der Richter dürfe nur für den ungehorsamen Theil Schiedsrichter ernennen. Diese Beschwerde wurde indessen aus folgenden Gründen einstimmig verworfen.

Aus dem A.S.S. 51—60 erhellt nirgends, daß jeder der streitenden Gesellschafter selbstständig seinen Theil der Schiedsrichter ernennen dürfe. Der Artikel 55. bestimmt ohne alle Unterscheidung, daß, wenn einer der Gesellschafter sich weigere Schiedsrichter zu erwählen, diese durch das Gericht ernannt werden sollen. Mit diesem Verständniß des Artikels stimmt sein Wortlaut und der der übrigen Artikel vollkommen überein und sein Zweck rechtfertigt es. Daß der Schiedsrichter so gut wie der gesetzliche Richter nach Recht entscheiden, also keine Parteiinteresse vertreten soll, liegt in der Natur der Sache. Als unparteiisch können aber nur jene gewählte Richter gelten, welche die Stimmen beider Parteien für sich haben; der einseitige gewählte Richter wird immer nur als das Organ einer Partei erscheinen, und daher im Widerspruch mit dem Zweck seiner Bestellung wirken. Hätte das Gesetz dies beabsichtigt, so würde es seinen Zweck aufheben, was nicht angenommen werden darf. — Mehrere Schriftsteller über französisches Recht, sind zwar anderer Meinung, indem sie sich zu Begründung derselben auf eine französische Ordonanz von 1675 berufen, welche die Frage im entgegengesetzten Sinne entscheidet — allein da der Text der citirten Gesetzesstellen bei einer unbefangenen Beachtung von selbst klar ist, so darf zu dessen Erklärung nicht auf außer ihm liegende entfernte Thatsachen gegriffen werden. Auf allen Fall müßte dann auch unser früherer Rechts-Zustand in Betracht kommen, in welchem Schiedsrichter nicht einseitig ernannt werden durften. Wenn Brauer dieser abweichenden Meinung beipflichtet, indem er strenge dem Wortlaut zu folgen glaubt, so hat er übersehen, daß nicht das von ihm für entscheidend gehaltene Wort „ernennen“ sondern das gerade einer ganz andern Deutung fähige Wort „erwählen“ in dem Art. 55 steht. Uebrigens würde das Wort ernennen, wenn es auch da stände, die Sache nicht ändern.

Keller.

---

*) Dies möchte wohl, wenn man von der in den obigen Entscheidungsgründen angenommenen Ansicht ausgeht, nicht richtig seyn.

Wenn nämlich die Bestimmung der Novelle §. 391. hier deswegen keine Anwendung findet, weil das Editionsgesuch keinen eigentlichen Zwischenpunkt, sondern eine eigene Klage bilde, so kann darauf auch die Vorschrift der §§. 392. u. 1168. nicht angewendet werden.

Ich bin übrigens damit einverstanden, daß das Erkenntniß über ein Editionsgesuch nicht als ein Zwischen-Erkenntniß im Sinne der §§. 390. 391. 392. u. 1168. zu betrachten sey.

Eine Editionsklage ist, wenn sie gleich erhoben wird, um in einer andern Prozeßsache einen Beweis zu führen, immerhin eine selbstständige Klage, welche nach §. 785. im abgekürzten Verfahren verhandelt wird, und zwar ohne Unterschied, ob das Gesuch gegen den Gegner im andern Prozesse, oder gegen einen Dritten gerichtet sey.

Dazu kommt, daß nach dem §§. 419—422. das Verfahren in der andern Sache, in welcher mit der herausverlangten Urkunde ein Beweis geführt werden soll, durch den Editionsprozeß (unbeschadet einiger Fristerstreckung) nicht aufgehalten wird. Es wäre sogar möglich, daß der Editions-Prozeß noch längere dauerte, als der andere Prozeß; daher kann man wohl den Erstern in keinem Falle als einen bloßen Zwischenpunkt des Letztern betrachten.

Mir scheint daher, daß zwar alle Zwischenurtheile nach der Novelle §. 391. zu behandeln seyn, daß aber Erkenntnisse über Editions-Gesuche keine bloße Zwischenurtheile, sondern Entscheidungen selbstständige Klagen seyen. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 14. September 1839.

I.

Entrichtung von Läutergarben ꝛc.

Bezüglich auf die Red. Note zum Aufsatz I. pag. 231. in Nr. 36. der Annalen theile ich folgenden Erlaß des Ministeriums d. J. an die 4. Kreisregierungen v. 9. Mai 1836. No. 4707 — 99. mit:

„Den vier Kreisregierungen wird hiermit auf ihre, in Folge des diesseitigen Beschlusses vom 28. März d. J. Nr. 2962 — 2963., die Entrichtung der Läutergarben, Wettergarben, Meßnergarben, Sigristengarben, des Läutkorns, Meßnerkorns, Sigeistenkorns, Meßnerleibs ꝛc. betreffend erstatteten Berichte, nach nochmaliger Berathung und Prüfung der vorgetragenen Bemerkungen, zur Verkündigung durch die Anzeigeblätter Folgendes zu erkennen gegeben:

1) Wo sogenannte Läutergaben, Wettergarben oder ähnliche den Meßnern zustehende Abgaben als eigentliche Grundlasten im Sinne des Landrechts gleich den Zinsen auf dem Besitze bestimmter Güter haften, muß es, so lange die Betheiligten sich nicht über etwas Anderes vereinigen, bei der bisherigen Bezugsweise sein Bewenden behalten. *)

2) In andern Fällen, wo die Mitglieder eines Kirchspiels oder einer Gemeinde (etwa mit Einschluß der Ausmärker) nach der Größe des Güterbesitzes oder in gleichen Theilen, oder in Abstufungen nach gewissen Klassen die Abgabe zu entrichten haben, gehört, wenn gleich der Rechtsanspruch des Meßners gegenüber der Gesammtheit ebenfalls privatrechtlich ist, das Verhältniß der einzelnen Pflichtigen (als Mitglieder der Gesammtheit) unter sich dem öffentlichen Rechte an, und dieses letztere Verhältniß ändert sich daher nach den jeweils darüber bestehenden Gesetzen und Verordnungen.

3) Insofern nun aber die Einzelnen als Mitglieder des Kirchspiels oder der Kirchengemeinde pflichtig sind, muß das Verhältniß der Leistungen der Einzelnen unter sich, da hinsichtlich der Kirchspielslasten im Allgemeinen kein neu gesetzlicher Beitragsfuß besteht, das Bisherige bleiben, wenn nicht etwa die politische Gemeinde die Abgabe durch einen besondern Gemeindebeschluß auf sich nimmt, in welchem Falle sie alsdann gleich andern Gemeindebedürfnissen aufzubringen wäre.

4) Stellt sich aber im einzelnen Falle heraus, daß die Abgabe, obschon sie dem Meßner gereicht wird, dennoch schon nach ihrer gegenwärtigen Eigenschaft eine Last der weltlichen Gemeinde ist, entweder weil sie für das sogenannte Wetterläuten oder für einen andern der weltlichen Gemeinde zu leistenden Dienst entrichtet wird, oder weil dieselbe nach einem nur bei weltlichen Gemeindelasten hergebrachten Grundsatze erhoben wurde, so bedarf es nicht erst eines Gemeindebeschlusses, sondern die Abgabe ist schon kraft Gesetzes nach den von den Gemeindebedürfnissen überhaupt geltenden Regeln aufzubringen, sofern nicht unter den Voraussetzungen des §. 28. des Gesetzes vom 28. August 1833 ausnahmsweise durch einen Beschluß von zwei Drittel der Gemeindeversammlung der bisherige Beitragsfuß beibehalten wird. **)

*) Hier kann nemlich die Abgabe weder die weltliche Gemeinde noch die Kirchspielsgemeinden berühren, sie liegt allein den Besitzern der belasteten Güter ob, und es liegt dabei eben so wenig, als bei andern Grundlasten, ein Anlaß vor, sie auf die Gesammtheit der politischen oder kirchlichen Gemeinden zu über-

D. Red.

**) Das Verhältniß, nach welchem die einzelnen Mitglieder die Lasten der Gesammtheit tragen, gehört dem öffentlichen Rechte an, ändert sich also mit der jeweiligen Steuer- oder Beitrags-Gesetzgebung.

In Bezug auf die Beiträge der Mitglieder der politischen oder weltlichen Gemeinde zu den Lasten der Gesammtheit hat sich nun die Gesetzgebung in neuerer Zeit wiederholt geändert und die neueste Regulirung erfolgte durch das Gemeinde-Umlagen-Gesetz vom 28. August 1835.

Die Beiträge der Mitglieder eines Kirchspiels oder einer Kirchengemeinde zu den Lasten der Gesammtheit sind aber (die Baulasten ausgenommen) noch durch kein Gesetz geregelt, sie können sich daher nur nach dem Herkommen richten, es muß bei der bisherigen Ordnung verbleiben, so lange weder eine neue gesetzliche

Digitized by Google

5) Was von diesen den Meßnern zustehenden Abgaben gilt, findet in gleicher Weise auch auf die den Schullehrern zu entrichtenden ähnlichen Abgaben, die unter dem Namen Schulfrucht, Schulkorn ꝛc. vorkommen, Anwendung.

Jedoch ist hier, da die Schulen im Allgemeinen der politischen Gemeinde angehören, das unter Nro. 4 Gesagte die Regel, und nur da, wo in einem Orte zwei verschiedene Kirchengemeinden bestehen und jede derselben eine eigene Schule hat, wäre die fragliche Abgabe als eine Kirchspielslast zu betrachten, und so lange keine Uebernahme derselben auf die politische Gemeinde beschlossen wird, nach dem bisherigen Maßstabe zu erheben (Nr. 3.) ***)

6) Unabhängig von dem Beitragsverhältnisse der Einzelnen ist übrigens bei sich darbietender Gelegenheit darauf hinzuwirken, daß die Abgabe, wo sie in Naturalien besteht, in eine feste jährliche Geldabgabe verwandelt werde.

D. Red.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises und Oberhofgericht.

Rechtsfall.

Besitzprozeß wegen eines gestörten Wohnungsrechts.

Leibfried gegen Fiscus.

1. W. Leibfried erhob Namens seiner Frau Johanne Erneſtine, geborne Bechtel, gegen den Großh. Fiscus im August 1838 bei dem Hofgericht eine Besitzklage, welche sich auf folgende Thatsachen gründete.

1) Der kläger'schen Ehefrau sei durch Testament der verstorbenen C. E. Behagel, in deren, der Wittwe Fürst legirten Hause Litt. O. 2. Nr. 3 in Mannheim ein lebenslängliches, auf zwei Zimmer beschränktes Wohnungsrecht vermacht worden.

2) Wittwe Fürst habe im Mai 1836 der Vermächtnißnehmerin zwei Zimmer im obern Stocke jenes Hauses (welche beschrieben werden), eingeräumt.

3) Die jetzige Ehefrau des Klägers habe von jenem Zeitpunkte an und bis zum 21. Januar 1838, an welchem Tage sie sich mit dem Kläger verehelichte, die Zimmer wirklich bewohnt, nachher aber und bis zum 27. Juli 1838 ihre Möbel darin stehen und die Schlüssel derselben inne gehabt, auch in der Zwischenzeit einmal die Benutzung der Zimmer, der im Hause wohnenden Maria Baillehache auf kurze Zeit vergünstigungsweise überlassen.

4) Das Haus sei von der Wittwe Fürst am 23. Dez. 1837 an den Staat verkauft worden.

5) Nachdem der Besitz der Klägerin in der angegebenen Weise ungestört fortgedauert hatte, habe die Großherzogl. Kreisregierung am 25. Juli die Amtskasse beauftragt, unter Zuzug zweier Urkundspersonen die verschlossenen Zimmer durch einen Schlosser öffnen und die darin befindlichen Effecten in die vom Geheimen Rath und Stadtdirector Riegel (zu dessen Dienstwohnung das Haus bestimmt wurde), zu bezeichnenden Zimmer verbringen zu lassen, diese Zimmer sofort zu verschließen und der Eigenthümerin der Fahrnisse den Schlüssel dazu einstweilen einzuhändigen, dagegen die Rückgabe der in ihrem Besitze befindlichen Schlüssel zu bewirken.

6) Dieser Beschluß sei am 27. Juli vollzogen und das Eigenthum der Klägerin in eine Speicherkammer verbracht worden, nun habe sie weder den Schlüssel hiezu angenommen, noch die Zimmerschlüssel abgeliefert. Sie habe vom ganzen Vorgange nur zufällig Kenntniß erlangt, weder Mann noch Frau, sei von dieser Maßregel vorher benachrichtigt worden.

Der Beweis der angeführten Thatsachen wurde durch Produktion von Urkunden und Zeugen angetreten.

Der Beklagte bestritt die kläger'scher Seits als Besitzstörung bezeichnete Handlung nicht, beantwortete die übrigen Thatsachen mit Nichtwissen, wendete aber ein, daß, falls diese Thatsachen wahr wären, die Klage dennoch unbegründet sei:

1) weil in derselben nicht behauptet worden, daß die species der Zimmer, auf welche man das Wohnungsrecht geltend mache, mit dem Erwerbtitel im Grundbuche eingeschrieben sei, daher die Klägerin nicht hinsichtlich der species in der Meinung ein Dienstbarkeitsrecht zu begründen, Dritter, namentlich dem Fiskus gegenüber, das Wohnungsrecht ausgeübt haben konnte, wie solches der §. 750, Abs. 1 der P.O. doch voraus setze. Da der Fiskus, als Eigenthümer des Hauses, das stärkere Recht auch auf die betreffenden Zimmer habe, so ergeben sich

---

Bestimmung darüber erfolgt, noch die politische Gemeinde die Last auf sich nimmt und sie nach dem für Gemeindelasten geltenden Systeme unter ihre Mitglieder vertheilt. Geschieht das Letztere, oder ruht die Abgabe jetzt schon auf der politischen (und nicht auf der kirchlichen) Gesammtheit, so ist lediglich das Umlagen-Gesetz v. 28. August 1835 maßgebend. D. Red.

***) Die Unterhaltung der Schulen liegt nach dem Volksschulgesetze v. 28. August 1835 durchaus der politischen Gemeinde ob, insoweit ihre Bedürfnisse nicht durch eigene Fonds- oder privatrechtliche Bezüge gedeckt ist. In sofern nun in paritätischen Orten, wo die politische Gemeinde von der Kirchspielsgemeinde verschieden ist, einer der verschiedenen Kirchspielsgemeinden eine Abgabe an eine Schule privatrechtlich obliegt, bleibt dies auch fortan eine nach dem bisherigen Maßstabe zu repartieende Kirchspielslast, und nur in so weit durch diese und andere privatrechtliche Bezüge das gesetzliche Bedürfniß der Schule nicht gedeckt wird, hat die auf dem öffentlichen Rechte beruhende subsidiäre Beitragspflicht der politischen Gemeinde einzutreten. D. Red.

Digitized by Google

aus dem Vorbemerkten wenigstens eine, die Klage zerstörende Einrede.

2) Weil die Klägerin in der Klage selbst anführe, daß das Local seit dem 21. Januar 1838 von ihr nicht wirklich bewohnt, sondern nur zu Aufbewahrung von Meubeln benutzt worden sei, also nicht im Besitze gewesen sei.

3) Weil sie nicht behaupte, daß sie gemäß L.R.S. 826 den Stand der Wohnung nicht habe aufnehmen und Sicherheit geleistet habe.

4) Unter den Beweismitteln, welche Klägerin für sich in Anspruch nehme, sei der zwischen dem Fiskus und der Wittwe Fürst über das fragliche Haus abgeschlossene Kaufvertrag enthalten. Es beweise also diese Urkunde gegen Kläger und in derselben sei bezüglich auf das fragliche Wohnungsrecht angeführt, „daß die Auswahl der betreffenden Zimmer von dem Besitzer abhänge."

II. Nach Abhör der Zeugen und gepflogenen Verhandlungen erkannte das Hofgericht am 4. März 1839

„daß Klägerin mit der erhobenen Besitzklage abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe.

Die zum Schutz des Besitzes einer Wohnungsgerechtigkeit gegen den Großh. Fiskus erhobenen Klage ist weder an sich statthaft, noch entspricht sie den Erfordernissen der Prozeßordnung.

Das Recht der Wohnung wird nach L.R.S. 625, 579 durch Verfügung des Gesetzes oder durch den Willen des Eigenthümers erworben. Einer weitern Erwerbart insbesondere eines Erwerbs durch bloßen Besitz und Verjährung ist weder im zweiten noch im dritten Buche des Landrechts, wo die Arten, Eigenthum zu erwerben, aufgeführt werden, gedacht.

Aus diesem Grunde und wegen der Aehnlichkeit dieser Gerechtsame mit den unständigen Dienstbarkeiten, so wie auch wegen der Gleichheit der dem Satz 691 unterliegenden Motive muß jene Erwerbart als ausschließlich angesehen werden. Daraus folgt aber, daß der Besitz einer solchen Gerechtsame gegenüber dem Eigenthümer der Sache niemals die Wirkungen des L.R.S. 544 e, d. h. eine, die praesumtio pro libertate übersteigende Vermuthung begründen kann, weil der Besitz allein überhaupt keine Wirkung hat, und wenn die P.O. (§. 745) die Frage, ob und welche Besitzklagen den Besitzern liegender Habe im Allgemeinen und insbesondere auch dem Wohnungsberechtigten zustehen, dahin entscheidet, daß dieser wegen dem Gegenstande seines Rechts ganz dieselben Besitzklagen anstellen könne, wie der Eigenthümer, so hat dies nach der wörtlichen und logischen Auslegung keinen andern Sinn, als daß in allen Fällen, in welchen der Eigenthümer der dienstbaren Sache gegen einen Störer possessorisch klagen kann, der Wohnungsberechtigte, als Mittheilhaber des Besitzes der Sache selbst, gleichfalls legitimirt sei, in Bezug auf seinen Antheil am Besitz eine Klage zu erheben. Somit hat die P.O. in Consequenz mit den Bestimmungen des Landrechts dem Wohnungsberechtigten zwar eine Gemeinschaftlichkeit an den, dem Eigenthümer zustehenden Besitzklagen, keineswegs aber hat sie ihm eine Besitzklage gegen den Eigenthümer eingeräumt.

Vergl. Zachariä I. Bd. §. 187, Abs. 2, welcher ganz dieselben Worte des §. 745 in diesem Sinne ausspricht.

Da nun Klägerin den Großh. Fiskus als Eigenthümer der dienstbaren Sache anerkennt und gegen ihn klagend auftritt, so erscheint die Besitzklage als unstatthaft.

Es fehlt der Klage überdies an den Erfordernissen des §. 750, Abs. 1 der P.O. — Nach L.R.S. 2228 besteht der Besitz eines Rechts in dem factischen Genusse desselben, also in der Ausübung derjenigen Befugnisse, welche das Wesen des Rechts ausmachen. Das Wohnungsrecht besteht seinem Wesen nach in der Befugniß des ständigen persönlichen Aufenthalts in einem Hause und daher der Besitz in der Ausübung und in dem Genusse dieses Aufenthalts. Sobald dieser Genuß oder die Absicht zu genießen (besitzen) aufhört, so ist der Besitz aufgehoben. — Nun ist aber mit dem Bezug einer anderweiten Wohnung, welches von Seite der Klägerin bei ihrer Verheirathung Statt fand, die Absicht, den persönlichen Aufenthalt in der bisherigen Wohnung aufzugeben, unzertrennlich verbunden, weil jener Bezug einer andern Wohnung, um sich andauernd darin aufzuhalten, als factum contrarium, ganz unvereinbar ist mit dem Willen, die bisherige Wohnung fortzubesitzen. Darauf, ob der ausziehende Besitzer hiebei noch die weitere Absicht hatte, auch das Recht selbst aufzugeben, kömmt es bei Beurtheilung des Besitzstands durchaus nicht an. Der Wohnungsberechtigte kann daher von dem Momente an, wo er eine andere Wohnung bezog, nicht mehr behaupten, daß er in der factischen Ausübung des Wohnungsrechts sei. Als Rechtsähnlichkeit dienen die L.R.S. 103–5. Die Klägerin suchte sich zwar gegen das Aufgeben des Besitzes dadurch zu verwahren, daß sie einige Effecten in der Wohnung zurückließ und den Schlüssel behielt; allein, abgesehen von der Bestimmung des L.R.S. 1108 c ist die Aufbewahrung von Effecten nur ein Accessorium der Wohnungsgerechtigkeit und macht eben so wenig eine Ausübung der Gerechtsame aus, als das Hin- und Hergehen oder die Bewahrung eines Schlüssels als Ausübung einer Durchfahrtsgerechtigkeit angesehen werden könne. — Die P.O. fordert aber mit Recht solche Besitzhandlungen, aus welchen sich der Charakter dieser oder jener Dienstbarkeit

Digitized by Google

bestimmt anerkennen läßt. Jene Thatsachen sind daher nicht geeignet, die Folgen des Bezugs einer andern Wohnung hinsichtlich des Besitzes zu beseitigen. —

Wollte man aber auch annehmen, daß der Besitz der Wohnung, welcher vermöge der höchstpersönlichen Natur dieses Rechts nicht einmal durch Mittelspersonen ausgeübt werden darf, durch leblose Gegenstände fortgesetzt werden könnte, so folgt doch gerade aus der Natur des Rechts, daß ein solcher Besitz kein rechtmäßiger ist. Da nämlich das Recht nicht an Andere übertragen werden darf, so fällt das Genußrecht in dem Augenblicke, wo der Berechtigte einen andern Ort zum andauernden persönlichen Aufenthalt wählt, in so lange auf den Eigenthümer zurück, bis der Berechtigte wieder Gebrauch davon machen will, keineswegs aber darf derselbe einer Seits den eignen Genuß aufgeben und anderer Seits auch dem Eigenthümer gegenüber den Genuß durch Verschließung der Zimmer entziehen; vergl. L. 22, §. 1 D. (de usu et habit.) 7, 8, wo dieser Grundsatz bei der Entscheidung eines einzelnen Falls als allgemeine Regel unterstellt wird *).

III. Ein einzelner Votent stimmte dieser Entscheidung nicht bei, trug vielmehr auf Verurtheilung des Beklagten Fiskus an und legte die von ihm vertheidigte Ansicht kurz in den Acten nieder, wie folgt:

1. Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen den Eigenschaften des Besitzes, wie sie zur Verjährung erfordert werden (possessio ad usucapionem) und den Eigenschaften des Besitzes, wie sie zur bloßen Rechtsverfolgung erforderlich sind (possessio ad interdicta). In dem vorliegenden Falle, in welchem es sich um die Rechtsverfolgung des Besitzes, als solchen, handelt, sind nur die allgemeinen Besitzeigenschaften, wie die Pr. Ord. im 36. Titel Maaß und Ziel giebt, erforderlich. Wenn daher diejenige Berechtigung, für welche der Kläger den richterlichen Schutz in Anspruch nimmt, auch nicht durch einen verjährten Besitz erworben wird, so folgt daraus nur, daß der Besitz im petitorischen Prozesse nicht als Rechtsvermuthung für den Erwerb geltend gemacht werden kann und darum der Besitzer der Beweislast für seinen Erwerb-Titel überall nicht entbunden ist, keineswegs ist ihm aber die Befugniß abgeschnitten, seinen Besitz durch die Besitzklage zu schützen. (Vrgl. die Motive zur Prozeßordnung mit dem Aufsatze v. Weilers in dem Archiv für Rechtspflege. Bd. I. S. 687 ff.) *).

2. Diese Besitzklage steht ihm gegen jeden Störer zu, wäre es auch der Eigenthümer desjenigen Gebäudes, in welchem das betreffende Wohnungsrecht konstituirt worden seyn soll, da das Gesetz ganz allgemein spricht. Das Gegentheil kann aus dem §. 745 der Prozeßordnung nicht abgeleitet werden. Denn, wenn dieser §. sagt:

„Der, welchem ein Wohnungsrecht zusteht, kann wegen der Gegenstände seines Besitzes ganz dieselben Besitzklagen anstellen, wie ein Eigenthümer."

so ist dieser Satz nicht gleichbedeutend mit dem Satze:

„er könne nur die Klagen, wie der Eigenthümer anstellen,"

Es trifft der §. vielmehr nur Bestimmungen über die Befugnisse des Wohnungsberechtigten gegenüber von Dritten, er enthält kein Verbot gegenüber dem Eigenthümer. Er soll den Gegensatz in Bezug auf die Vorschrift des §. 749 (von den Rechten der Pächter ꝛc.) bilden.

In der That würde es auch unerklärlich seyn, warum der Besitzer eines Wohnungsrechts dem Eigenthümer des Wohngebäudes gegenüber, wenn jener das fragliche Recht stört, im Allgemeinen eines geringern Schutzes durch die Gesetze sich erfreuen sollte, als wenn die Störung von einem Dritten herrührt. **)

Das *interdictum unde vi* (als das hier in Frage liegende possessorische Rechtsmittel des alten Rechts) stand nach diesem unzweifelhaft dem Wohnungsberechtigten gegen den Eigenthümer des zu bewohnenden Hauses, welcher ihn vertrieb, zu. Vergl. L. 3. §§. 13, 14, 15. L. 9. §. 1. D. de vi XLIII. 16. (An letzterer Stelle wird ausdrücklich des dominus erwähnt). Da eine ausdrückliche oder aus der ratio legis und der Analogie der neuen Gesetze sich ergebende Aenderung nicht vorliegt, so muß es wohl bei jenem sein Bewenden behalten. ***)

---

*) Die citirte Gesetzesstelle lautet: Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum, tamen eis, quae vacabunt, *proprietarius non utetur*: quia licebit usuario, aliis et aliis temporibus, tota domo uti: cum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur.

D. Eins.

*) Selbst nach dem französischen Rechte kann man wegen einer Dienstbarkeit, welche sich nicht durch Verjährung erwerben läßt, eine Besitzklage anstellen, wenn der Rechtstitel des Besitzes beigebracht wird. Zachariä, F. C. R. Bd. I. S. 408. (4. Aufl.).

**) Zachariä wirft in der Note 3 zu §. 190 b. die Frage auf: „Hat der usufructuarius diese Klage auch gegen den Eigenthümer?" und beantwortet sie mit der weitern Frage: „Warum nicht?"

D. Eins.

***) Das Landrecht sagt zwar im Satz 541 c., die Besitzklage finde nicht gegen den Statt, gegen welchen man wegen der befragten Sache in Vertrags-Verbindlichkeit steht. Allein ein solcher Fall ist bei dem Wohnungsrecht nur etwa da denkbar, wenn das Recht auf eine bestimmte Zeit verliehen war und der Vertrag besagt, daß nach Um-

Digitized by Google

3. Es käme daher lediglich darauf an, zu untersuchen, in wiefern die vorliegende Besitzklage den Erfordernissen des §. 750 der Prozeßordnung entspricht.

Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Klagerhebung und der Besitzvertreibung durch den Fiskus (§. 750. Abs. 2, 3) waltet kein Zweifel ob. — Was nun das in Abs. 1 dieses §. erwähnte weitere Requisit betrifft, so ergiebt sich aus dem in beglaubigter Abschrift vorgelegten Behagel'schen Testamente und dem vom Fiskus anerkannten Grundbuchseintrage, daß die Klägerin von der verstorbenen C. E. Behagel ein auf zwei Zimmer sich erstreckendes Wohnungsrecht in dem zum Nachlasse der Testirerin gehörigen Hause legirt erhielt. Es geht ferner aus der eidlichen Aussage der Zeugin Baillehache, unterstützt durch die eidliche Angabe der Wittwe Fürst und zum Theile der Zeugin Schäfer, hervor, daß die Klägerin vom J. 1836 bis zum Monate Januar 1838, in welchem sie sich verehlichte, zwei Zimmer des fraglichen Hauses wirklich bewohnt hat. Ferner erhellt aus den Depositionen der Zeugen Baillehache und Schäfer, daß die Klägerin auch vom Jänner 1838 bis in den Monat Juli (in welchem die Störung eintrat) noch Möbels in den Zimmern stehen und, eine kurze Zeit abgerechnet, in welcher sie die Benützung der Zeugin Beillehache precario überließ, die Schlüssel zu den Zimmern hatte.

Daß durch das Hinwegziehen aus den Zimmern, jedoch unter den zuletzt erwähnten Umständen, der Besitz des durch das Testament erworbenen Rechts nicht als aufgegeben anzusehen sei, hierwegen beruft man sich der Kürze wegen auf Thibaut, Pandekten §§ 305 und 6 und Brauer im V. Band zu diesen §§. Da insbesondere das Meubliren und Inhaben der Schlüssel einer Wohnung unter die Befugnisse gehört, welche dem Wohnungsberechtigten zustehen und ihm die Möglichkeit gewährt, in jedem beliebigen Augenblicke auch sonstige zum Bewohnen gehörige Handlungen in dem Locale vorzunehmen, so findet man in jenem namentlich eine fortgesetzte Uebung der in §. 750 Abs. 1 erwähnten Befugnisse.

Was das besessene Local selbst betrifft, so ersieht man aus der Aussage der Zeugin Fürst, welcher nach dem Behagel'schen Testamente das Eigenthum des Hauses vermacht worden, und die daher in Ermanglung einer nähern testamentarischen Bestimmung diejenigen Zimmer auszuwählen hatte, in welchen das Recht der Klägerin auszuüben war, daß sie der Letztern zu dem fraglichen Zwecke gerade die im Streite befangenen Zimmer angewiesen hatte, und es ergiebt sich aus der Aussage der Beillehache, daß ihr die Wittwe Fürst dieses mittheilte, wie auch aus der Deposition jener Beillehache und der Schäfer, daß die Klägerin in den obenerwähnten beiden Zimmern die obengedachten Besitzhandlungen ausgeübt hat. — Nach der von der Wittwe Fürst erfolgten Anweisung der Zimmer mußte aber die Klägerin der Meinung seyn, daß das ihr vermachte Wohnungsrecht auf jene Zimmer sich beziehen soll.

4. Wenn nun die Klägerin nach §. 747 der Prozeßordnung noch schuldig war, den Rechtstitel der Erwerbung des Wohnungsrechts beizubringen, so hat sie, wie schon bemerkt, dieses gethan. Daß in diesem Rechtstitel — dem im Grundbuche eingetragenen Testamente, — nicht gerade die species der zu bewohnenden Zimmer angeführet wurde, ist unerheblich, worüber man sich, der Abkürzung wegen auf die, auch auf das vorliegende Verhältniß anwendbare Auslegung des obgedachten §. der Prozeßordnung in den Annalen Bd. IV. S. 56 und 71 bezieht.

5. Nach dem Bemerkten ist die Klage wohl begründet, und es kommt noch namentlich in Betracht, daß die durch den Beklagten bewirkte Entfernung der Möbel der Klägerin aus dem, zu Ausübung ihres Rechts geeigneten Local, unter den obgedachten Verhältnissen nicht blos eine Störung des Besitzes, bezüglich auf die species von Zimmern, sondern eine Störung des besessenen Wohnungsrechts überhaupt enthält, da der Beklagte nicht behauptet, der Klägerin zwei andere bewohnbare Zimmer eingeräumt zu haben

6) Erwägt man endlich, daß das durch einen Rechtstitel gehörig begründete Recht auf eine persönliche Dienstbarkeit nach dem Gesetze ebenso wirksam ist, als das erwiesene Eigenthum an Grund und Boden, so kann der Großh. Fiskus hier die dem petitorischen Prozesse sonst angehörige Einrede des stärkern Rechts nicht mit Erfolg geltend machen. In dem petitorischen Prozesse mag er der Klägerin, etwa durch eine Negatorienklage, die Ansprüche auf die species der Zimmer bestreiten und ihr andere Zimmer zuerkennen lassen, in possessorio müßte er zu Räumung der Entzogenen angehalten werden.

7) Schließlich ist noch zu bemerken, daß das fiskalische Berufen auf L.R.S. 626 als unerheblich zu erachten wäre, da dieser Satz nur von den Bedingungen handelt, unter denen der Wohnungsberechtigte in den Genuß des Rechts treten soll, hier aber erwiesener Maßen der Eintritt in den Genuß längst Statt gehabt hat. —

IV. Von der kläger'schen Seite wurde gegen das hofgerichtliche Urtheil die Berufung ergriffen und das Großh.

---

fluß der Zeit die Wohnung wieder abgetreten werden müsse, der Wohnungsberechtigte aber über den Ablauf der Zeit hinaus den Besitz fortsetzen will. Hier steht er in der Vertrags-Verbindlichkeit zur Wiederabtretung der Wohnung, kann deswegen, wenn sein Besitztitel erloschen ist, eben so wenig eine Besitzklage anstellen, als der Pächter, welcher nach Umfluß der Pachtzeit seiner Vertragsverbindlichkeit zu Räumung des Pachtguts nicht genügt hat und deshalb vertrieben wird. D. Eins.

Digitized by Google

Oberhofgericht erkannte, nach dem Klagantrage, am 27. August 1839 abändernd dahin:

„daß die Klägerin in den Besitz der in der Klage bezeichneten zwei Zimmer, aus dem sie auf Anordnung der Großh. Regierung des Unterrheinkreises gesetzt wurde, wieder einzusetzen und der beklagte Fiskus schuldig sei, zu diesem Zwecke die aus denselben hinweggeschafften Möbel an ihren vorigen Ort zurückbringen zu lassen, auch bei Vermeidung einer der Klägerin zu Gut kommenden Geldbuße von 50 fl. sich jeder ferneren Störung zu enthalten."

Die in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Rechtsgrundsätze stimmen im Wesentlichen mit denjenigen überein, welche oben Nr. III. geltend gemacht wurden.

Es wird erörtert:

daß die Wohnung, als unbürgerliche Sache, deren Gegenstand an eine Liegenschaft gebunden, nach L.R.S. 526 c zu den unbeweglichen Dingen gehöre. — Wenn auch das Wohnungsrecht nicht durch Verjährung erworben werden könne, so folge daraus nicht, daß nicht der Besitz, als ein provisorischer Zustand erhalten werden dürfe; das Gegentheil gehe vielmehr aus den §§. 747 und 745 der P.O. hervor. Der letztere Paragraph stehe der Klage gegen den Eigenthümer des Hauses nicht entgegen, er spreche allgemein und von allen Fällen, in denen der Wohnungsberechtigte seine Gerechtigkeit in eigenem Namen ausübe, im Gegensatze zu den Fällen des §. 749. Eine Beschränkung würde sowohl der Natur des Rechts an sich, als den römischen Gesetzen, insbesondere des L. 9, §. 1 D. de vi, widersprechen.

Bei Prüfung der Beweise des behaupteten Besitzes wird bemerkt, daß die Fortdauer des in der Klage behaupteten Zustands auch aus der Verfügung der Kreisregierung vom 25. Juli selbst hervorgehe. Die Aufbewahrung von Möbeln in den Zimmern und die Zuhandnahme der Schlüssel zu den Thüren seien unter diejenigen Handlungen zu zählen, welche das Recht der Bewohnung der Zimmer ausmachen, die Inhabung der Schlüssel insbesondere sei die folgenreichste, zugleich jeden Andern ausschließende Handlung der Art und einleuchtender Weise, wie auch nach einer ausdrücklichen Anführung in L. 22, §. 1. D. de usu et habitatione gehöre es zur Wesenheit des Genusses eines Wohnungsrechts nicht, daß die darin enthaltenen Befugnisse alle zugleich und in jedem Theile des Locals ausgeübt werden. Im Rechtssinne verliere man den einmal ergriffenen Besitz nur dann, wenn man die aus der Detention oder unmittelbaren körperlichen Berührung entlassene Sache nicht nach Willkühr wieder ergreifen könne. Sonach habe hinsichtlich des im Streite befangenen Wohnungsrechts der Besitz der Klägerin mit dem Beziehen eines andern Hauses zur Zeit ihrer Verehelichung nicht aufgehört. Ebenso wenig sei dieses bei der momentanen Benutzung des Locals durch Baillehache der Fall gewesen.

Ferner wurde ausgeführt:

Wenn auch im Behagel'schen Testamente und dem Grundbuchseintrage die zwei Zimmer, in welchen das Wohnungsrecht ausgeübt werden soll, nicht näher bezeichnet gewesen, so sei auch durch den Eintrag jedermann in Kenntniß gesetzt worden, daß der Klägerin im betreffenden Hause ein Wohnungsrecht zustehe und die Eigenthümerin Fürst zu bestimmen habe, auf welche zwei Zimmer dasselbe beschränkt seyn soll, und folglich bis dahin, wo die Wahl getroffen seyn würde, jedes im Hause vorhandene Wohnzimmer, worüber der Eigenthümer nicht anderweit verfügte, der in Ansehung ihres besondern Gegenstandes noch unbestimmten Dienstgerechtigkeit der Klägerin unterliege. Schon dieses würde für die Klägerin auch jedem Dritten gegenüber denjenigen Rechtstitel liefern, dessen es vorerst bedürfe. Es sei aber überdieß die im Klagvortrage behauptete Auswahl wirklich getroffen worden, wie sich aus der eidlichen Aussage der Wittwe Fürst ꝛc. ergebe. — In der von der Hauseigenthümerin getroffenen Anordnung im Zusammenhange mit dem Behagel'schen Testamente habe nun jedenfalls ein Rechtstitel gelegen, welcher bei der Klägerin die Meinung eines gesetzlichen Erwerbs des Wohnungsrechts in den fraglichen zwei Zimmern begründen könne. Der L.R.S. 626 stehe der Klägerin auch nicht im Wege, denn, wenn hiernach die Wittwe Fürst, als Eigenthümerin, den Eintritt der Klägerin in den Genuß hätte hindern können, bis Sicherheit gestellt und eine Beschreibung aufgenommen gewesen wäre, so sei eine Verhinderung solcher Art doch seiner Zeit nicht geschehen, der Antritt des Genusses sei längst erfolgt und dieser Punkt auf die Beschaffenheit des Rechtstitels ohne Einfluß.

Dem Requisite des §. 750, Abs. 1 sei hiernoch vollkommen genügt. Ebenso seien die Bedingungen im Abs. 2 u. 3 erfüllt, da die durch die Kreisregierung vom 25. Juli 1838 verordnete, von der Amtskasse vollzogene Besitzstörung vom Beklagten zugegeben und die Klage schon am 16. August 1838 eingereicht wurde.

Wenn endlich eingewendet werde, daß die im Grundbuche eingetragene Kaufurkunde des Fiscus besage: „die Wahl der zwei Zimmer, auf deren lebenslängliche Bewohnung die Klägerin Kraft des Behagel'schen Testaments Anspruch habe, hänge von dem Besitze ab," so sei dieses unerheblich, da dieses unter Dritten abgeschlossene Geschäft die rechtlichen Folgen der schon im Mai 1838 vollzogenen Ueberweisung von bestimmten Zimmern an die Klägerin der letztern gegenüber auf keine Weise zu ändern vermöge.

Digitized by Google

Als ebenso unerheblich erscheine das Argument, daß Beklagter, als Eigenthümer des Hauses, ein stärkeres Recht für sich habe, da eine persönliche Dienstbarkeit, befestigt durch ihren Titel vor dem Gesetze ein ebenso wirksames Recht, wie das Eigenthum begründe. —

Kirn.

III.

Ueber die Anwendung des §. 359 der Prozeßordnung mit Rücksicht auf Art. 3 der Prozeßnovelle.

Jeder Praktiker wird die Erfahrung gemacht haben, daß mit Verwerfung der Klagen unter der Formel: „angebrachtermaßen" insbesondere bei Untergerichten zuweilen ein böses Spiel getrieben wird.

Ich weiß Fälle, wo ein Untergericht jene Formel sogar als einen Kraftausdruck gebrauchte, um eine Klage recht scharf abzuweisen, und dasselbe Untergericht pflegte deßhalb die Klagen mitunter „angebrachtermaßen lediglich" zu verwerfen. Andere dagegen versagen die Ladung regelmäßig nach §. 359, um durch die Anwendung des §. 358 nicht zu weit zu gehen.

Schon früher wurde in diesen Blättern (II. Jahrgang, Nr. 32) auf die fehlerhafte Anwendung jener Formel in den niedern und höhern Instanzen aufmerksam gemacht. Seit der Abänderung des §. 1238 der Prozeßordnung scheint es mir aber von weit größerer Wichtigkeit, in der Wahl der Formel vorsichtig und sachgemäß zu verfahren.

Da nämlich wegen Verwerfung der Klage nach §. 359 nur noch eine Beschwerdeführung Statt findet, so verliert derjenige, dessen Beschwrde verworfen wird, das Recht der III. Instanz, während es ihm da, wo die Klage für „unstatthaft" erklärt ist, offen steht.

Man ist wohl von der Ansicht ausgegangen, daß es von der Willkühr des Klägers abhänge, die gerügten Fehler zu verbessern, und so eine definitive Entscheidung sowie die Zulässigkeit der Oberappellation herbeizuführen. Allein es kommt hierbei alles darauf an, was der Richter für einen noch zu verbessernden Mangel erklärt. Derselbe ist manchmal der Ansicht, daß zur Begründung einer Klage außer den vorgetragenen Thatsachen noch eine weitere gehöre, er betrachtet deßhalb die Klage als unvollständig und verwirft sie „angebrachtermaßen", während der Kläger einestheils jenes vermißte factum gar nicht behaupten kann, anderntheils aber der Meinung ist, daß es unerheblich sei.

Bei der condictio indebiti ist es z. B. (und so giebt es noch viele Fälle) eine Streitfrage, ob ein thatsächlicher Irrthum zur Klagbegründung gehöre oder nicht. Das Untergericht glaubt das erstere, und verwirft die Klage „angebrachtermaßen", weil ein solcher Irrthum nicht behauptet ist. Der Oberrichter, bei welchem Beschwerde geführt wird, ist derselben Meinung und kann daher nichts anderes thun, als die Beschwerde verwerfen.

Nun mag vielleicht in III. Instanz eine andere Ansicht herrschen, allein der Kläger kann sie nicht erreichen. Oder, wie soll er in diesem Falle eine definitive Entscheidung seiner Sache herbeiführen?

Soll er sich eventuell darüber beschweren, daß seine Klage nicht ganz verworfen wurde? Soll der Oberrichter, welcher die Ansicht hat, daß die Klage ganz verwerflich sei, diese Verwerfung aussprechen, oder dem Unterrichter aufgeben, ein definitives Erkenntniß ohne Ladungsverfügung (denn diese ist nach der Ansicht des Oberrichters nicht zulässig) zu geben; soll aus den Entscheidungsgründen und nicht aus der Entscheidungsformel beurtheilt werden, in welchem Sinne der Kläger abgewiesen ist?

Oder soll endlich der Unterrichter durch die Erklärung des Klägers, daß er den Mangel nicht verbessern könne, genöthigt werden, eine definitive Abweisung auszusprechen?

Alle diese Auswege dürften der Prozeßordnung nicht entsprechen, und das einzige Mittel, um dem Kläger keine Instanz abzuscheiden, wird in einer streng richtigen Anwendung des §. 359 bestehen.

Es giebt eine Menge Fälle, vielleicht sind die meisten der Art, wo bei einiger Ueberlegung es Jedem klar wiro, ob der §. 359 oder der §. 358 zur Anwendung kommen muß; doch sind auch andere Fälle nicht selten, wo gar leicht eine Verwechselung eintritt.

Wenn z. B. eine unerlaubte Vertragsursache den Klaggrund bildet, wird man ohne Besinnen nach §. 358 erkennen.

Wenn dagegen der Klage Thatsachen mangeln, die nach Ansicht des Richters nothwendig sind, um einen richtigen Schluß zu formiren, oder wenn der Kläger etwas unrichtiges verlangt, d. h. wenn er etwas anders fordert, als er zufolge seines Vortrags nach Ansicht des Richters fordern kann, so wird gar häufig falsch gewählt.

Es dürfte hier folgender Grundsatz entscheidend seyn: So oft der Richter an der Klage einen Mangel findet, dessen Abänderung oder Ergänzung während dem Laufe des Prozesses nach den Vorschriften der §§. 344 und 345 der Prozeßordnung als eine Klagänderung betrachtet werden müßte, so hat er zu erkennen: „die Klage findet nicht Statt." Ist aber der Mangel von der Art, daß er nach §. 344 auch noch im Laufe des Prozesses verbessert werden kann, so findet der §. 359 seine Anwendung, d. h. der Richter muß gleich vornherein diese Verbesserung verlangen.

Man muß hier also namentlich unterscheiden, ob ein factum gar nicht vorgetragen, oder ob nur dessen Darstellung unvollständig und deswegen undeutlich ist, man muß unterscheiden, ob das Begehren unbestimmt, oder an

Digitized by Google

und für sich zwar bestimmt, aber aus dem Klagvortrage logisch gar nicht zu rechtfertigen ist.

Man muß endlich hinsichtlich der Benennung des Beklagten unterschieden, ob dieser nicht gehörig bezeichnet ist, oder ob aus der Klage selbst sich ergiebt, daß die benannte Person der rechte Beklagte gar nicht seyn kann, also eine andere Person belangt werden muß. Soll nach der Ansicht des Richters eine ganz neue Thatsache behauptet, ein ganz anderes Begehren gestellt, oder ein ganz anderer Beklagter belangt werden, so ist nach §. 358 zu erkennen. Dieses Erkenntniß hat ja auch für eine spätere veränderte Klage nicht die Einrede der entschiedenen Sache zur Folge, weil sich die Klage eben dadurch als eine neue Klage darstellt.

Hiernach dürfte also in dem oben angeführten Beispiele von der condictio indebiti die Klage nicht „angebrachtermaßen" verworfen werden, sondern der Richter müßte erkennen, „die Klage findet nicht Statt"; denn der Vortrag eines thatsächlichen Irrthums muß in der Klage selbst enthalten seyn, und darf nach erfolgter Einlassung nicht mehr nachgeschoben werden.

Wenn dagegen von dem Kläger ein thatsächlicher Irrthum behauptet, seine deßfallsige Erzählung aber so abgefaßt wäre, daß der Richter sie undeutlich und unvollständig findet, so greift der §. 359 der Prozeßordnung Platz.

Auf diese Weise kann der Kläger nie in die oben bezeichnete Verlegenheit kommen. Er ist immer im Stande, der richterlichen Weisung zu genügen, ohne eine andere Klage anzustellen, als er sie anstellen kann oder will. Von demselben Grundsatz muß aber auch der Oberrichter ausgehen, wenn er noch in II. Instanz Fragen stellen will, um einer Abweisung nach §. 359 auszuweichen.

Es darf nämlich durch Ausübung des Fragerechts nur eine Undeutlichkeit gehoben, niemals aber darf irgend etwas eingeschalten oder abgeändert werden, was eine mutatio libelli involvirt. Es wäre dieß gegen die klaren Bestimmungen der §§ 345 und 1221 Abs. 5 der Prozeßordnung. So oft der Oberrichter einen Mangel letzterer Art findet, kann und muß er unbedenklich ein Endurtheil geben. Wenn z. B. gar kein Klaggrund angegeben ist, oder die angeführten Thatsachen für sich allein nicht geeignet sind, den Entstehungsgrund einer Verbindlichkeit zu formiren, wenn der Kläger etwa sagt, der Beklagte ist mir laut Anerkenntniß 100 fl. schuldig, so darf der Oberrichter keineswegs den noch unbekannten Klaggrund heraus-examiniren, sondern er muß definitiv abweisen und dem Kläger anheim geben, eine neue Klage anzustellen. A. St.

Anmerkung der Redaktion.

Ich halte die hier aufgestellten Grundsätze: wann die Klage nach §. 358 der Prozeßordnung sogleich unbedingt als ungegründet, und wann sie nach §. 359 blos angebrachtermaßen abgewiesen, d. h. zur Verbesserung zurückgegeben werden soll? — im Allgemeinen für richtig. Aber es ist oben die angedeutete Schwierigkeit nicht gelöst, die sich ergiebt, wenn der Unterrichter gegen die richtigen Grundsätze eine Klage, die er bei seiner Ansicht über das Materielle der Sache als ungegründet nach §. 358 hätte verwerfen sollen, nur angebrachtermaßen nach §. 359 verwirft, und wie in dem angegebenen Falle einer condictio indebiti als bloße Verbesserung den Nachtrag dessen fordert, was er zur Begründung der Klage für nöthig hält, während der Kläger darauf seine Klage gar nicht bauen will, und vielleicht sogar das Nichtdasein der nachzutragenden Thatsache ausdrücklich anerkennt.

Soll in einem solchen Falle der Kläger, da nach der Novelle §. 391 im Falle des §. 359 nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung und gegen die Verwerfung einer Beschwerde nach §. 1250 kein weiterer Rechtszug Statt findet, des Rechts der dritten Instanz wirklich verlustig werden, und zwar blos durch die Ungeschicklichkeit des Unterrichters? —

Dies kann unmöglich in der Absicht des Gesetzes liegen.

Am klügsten wird der Kläger allerdings thun, wenn er in dem oben erwähnten Falle der condictio indebiti auf die angebrachtermaßen erfolgte Abweisung die Erklärung abgibt, daß ein thatsächlicher Irrthum gar nicht vorliege, er also in dieser Beziehung die Klage nicht verbessern könne, und der Richter folglich, wenn er ohne jenen thatsächlichen Irrthum die Klage gar nicht für begründet halte, eine unbedingte Abweisung aussprechen oder andernfalls Ladung erkennen möge.

Besteht aber der Richter gleichwohl auf seiner Verfügung, und erhebt der Kläger alsdann Beschwerde, so hat der Oberrichter das Unteregericht anzuweisen, über die Hauptsache selbst zu entscheiden, also entweder Ladung zu erkennen, oder, sofern es die Klage durch die vorgetragenen Thatsachen nicht für gegründet halte, dieselbe nach §. 358 definitiv zu verwerfen.

Aber abgesehen hievon bin ich der Meinung, daß dem Kläger in dem erwähnten Falle, obwohl die Worte des Erkenntnisses ihn nur angebrachtermaßen abweisen, demnach die Appellation und sodann die Oberappellation zustehe. Auf den Namen, den der Richter der Abweisung gibt, auf die Formel, die er braucht, — kann es wohl nicht ankommen, sondern nur auf den Sinn, welcher nach seiner Erklärung die Abweisung hat. Sagt er nun, daß er die condictio indebiti bis zur Anführung eines thatsächlichen Irrthums abweise, so hat er sie, wenn der Kläger einen solchen thatsächlichen Irrthum nicht zu behaupten vermag, definitiv abgewiesen, wenn er gleich das: „bis zur Anführung eines thatsächlichen Irrthums" — mit dem Namen „angebrachtermaßen" bezeichnete.

D. Red.

Verbesserung.

In Nr. 36 S. 285 Spalte 1, Zeile 3 in der Note v. o. lies statt „frin sondern" sondern sein.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 21. September 1839.

Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt.

(Zuständigkeit der Gendarmerie.)

Am Abend des 17. Dez. 1838 kam Jemand an das Gendarmerie-Wachtzimmer zu Heidelberg und rief: „Schnell einige Gendarmen, es will ein Dieb durch!“ Der Brigadier eilte mit zwei Gendarmen dem Rufenden nach. Am Kornmarkt trafen sie mehrere Personen, die sich herumrauften. Ein fremder Mann (Bonifaz Leiser von Oberwittstadt) bezeichnete einen Anderen (Ochsenwirth Herbold von Neckargemünd) als denjenigen, welcher mit einer ihm (Leiser) gehörigen Summe Geldes durchgehen wolle. Herbold weigerte sich nicht nur, der Aufforderung des Brigadiers mit ihm auf die Wachtstube zu kommen um dort die Sache zu erörtern, Folge zu leisten, sondern packte sogar denselben mit den Worten: „Was wollt Ihr, ich gehe nicht mit“ Nun wies der Brigadier die ihn begleitenden Gendarmen an, Gewalt zu brauchen, worauf sie den Herbold, der eine am rechten, der Andere am linken Arm faßten, um ihn fortzuführen. Herbold packte aber den einen Gendarmen mit der einen Hand an der Brust und mit der andern an den Beinkleidern so heftig, daß letztere zerrissen, was den Brigadier veranlaßte, den Herbold, um den Gendarmen zu befreien, mit der Säbelscheide auf den Arm zu schlagen. Auch dem anderen Gendarmen wurde durch Herbold die Schnalle von den Hosen gerissen. Unter beständigem Schimpfen gegen die Gendarmen und unter fortdauernder Widersetzung ward Herbold auf die Wachtstube gebracht, wo er alles gütlichen Zuspruchs ungeachtet, fortwährend um sich schlug und trat, so daß der Beigadier sich endlich veranlaßt sah, denselben in die Arreststube werfen zu lassen. Herbold wurde sodann wegen Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt in Untersuchung genommen, durch welche sich denn auch herausstellte, daß Leiser aus einem Viehhandel die Summe von 270 fl. 30 kr. an ihn zu fordern hatte, welche, wenn Herbold vom Heidelberger Markt zurückgekehrt seyn würde, der getroffenen Verabredung gemäß in Neckargemünd ausbezahlt werden sollte. Dennoch hatte Leiser in der ungegründeten Besorgniß, daß Herbold — ein zu Neckargemünd mit Vermögen angesessener, geachteter Bürger von untadelhafter Aufführung — mit dem Geld durchgehen wolle, die Hülfe der Gendarmerie angerufen und so den bedauerlichen Auftritt herbeigeführt.

Was die rechtliche Beurtheilung dieses Vorfalls betrifft, so besagen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe hierüber folgendes:

„Wenn die Gendarmen auf die an sie ergangene Aufforderung, einen Dieb zu verfolgen, dieser Aufforderung Folge leisteten, wenn sie sich ferner des Herbolds bemächtigten, welcher ihnen als derjenige bezeichnet wurde, der mit einer dem Leiser gehörigen Summe Geldes durchgehen wolle, so haben sie sich ohne Zweifel in der Ausübung ihres öffentlichen Dienstes innerhalb der Gränzen ihrer Zuständigkeit befunden, und wenn ferner der Beweis vorliegt, daß Herbold Thätlichkeiten gegen die Amtshandlung der Gendarmen ausübte, in der unzweideutigen Absicht, diese Amtshandlungen zu verhindern, so stellt sich dieses Vergehen nach Art. 1. des Gesetzes v. 28 Dez. 1831, als eine Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt dar.“

Herbold wurde daher dieser Widersetzlichkeit vom Hofgericht einstimmig für schuldig erkannt, jedoch mit Rücksicht auf die vorliegenden mildernden Umstände blos zu einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe und zum Ersatze der dem Gendarmen beschädigten Beinkleider ꝛc. verurtheilt. Auf den von dem Angeschuldigten ergriffenen Recurs erkannte aber der oberste Gerichtshof durch Urtheil v. 19. Juli l. J. abändernd zu Recht:

„daß der Recurrent, unter Verschonung mit allen Kosten, straflos zu erklären, und die Entschädigungsforderung wegen beschädigten Beinkleidern zum bürgerlichen Austrag zu verweisen sei.“ —

Entscheidungsgründe.

Das angeschuldigte Verbrechen ist Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt. Wer einer Civil- oder Militairper-

Digitized by Google

von bei der Ausübung des öffentlichen Dienstes, innerhalb der Gränzen ihrer Zuständigkeit, Widerstand leistet, verfällt in die, Art. 1. des Gesetzes vom 28sten Dezember 1831 bestimmte Strafe

Regg. Blt. Nr. IV. S. 55 v. J. 1832.

Die Gendarmerie ist aber befugt festzuhalten und der nächsten zuständigen Behörde zuzuführen, die im §. 38 des Gesetzes vom 31sten Dezember 1831 benannten Personen — jedoch nur in den dort benannten Fällen.

Reg. Blt. Nr. III. S. 52 v. J. 1832.

Unter diese Personen gehören, außer den polizeilichen Fällen

1) wirkliche Verbrecher, welche die Gendarmerie auf der That betrifft, sie mögen ihr bekannt seyn oder nicht.

3) Solche, welche von inländischen zuständigen Behörden, durch Steckbriefe verfolgt werden, auch

4) Personen, welche durch dringende Anzeigen eines Verbrechens sehr verdächtig sind, und

12) alle deren Festnehmung von einer inländischen zuständigen Staatsbehörde aufgetragen worden.

So weit und nicht weiter erstreckt sich die Zuständigkeit der Gendarmerie. Dieser ist durch §. 47. der Verordnung vom 16ten August 1832

Reg. Blt. Nr. 53 S. 423 v. J. 1832

ausdrücklich geboten, in allen Fällen, wo gegen eine Person Verdacht vorlieget, ein Verbrechen begangen zu haben, sorgfältig zu überlegen: Ob die im §. 38 Nr. 4 des oben allegirten Gesetzes bemerkten Umstände eine gleichbaldige Festnehmung des Verdächtigen rechtfertigen. Nirgends findet sich aber ein Gesetz, nach welchem ein Individuum auf den bloßen Aufruf einer Privatperson — und noch gar einer solchen, welche den Gendarmen nicht bekannt ist, dürfte verhaftet werden — am wenigsten, wenn ein solches Individuum keinen Anlaß zu irgend einem Verdacht gibt.

Das Führen auf die Wachtstube, um sich über den Grund des vom Anrufenden angesonnenen Arrestes vernehmen zu lassen, ist ein Verhaft und die Gendarmerie handelt außer der Gränze ihrer Zuständigkeit, wenn sie einen solchen Verhaft, ohne hinreichenden Grund, welcher auf der Stelle wenigstens scheinbar gemacht wird, auf das bloße Anrufen eines ihr fremden Subjects, vollziehet.

Es ist aber „wie auch in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen bemerkt ist" zweifellos, daß der Rekurrent ohne irgend ein Verschulden — sogar ohne irgend einen von dem Arrestimpetraten angegebenen Verdachtsgrund, von den Gendarmen arretirt wurde. Diese standen somit außer den Gränzen ihrer Zuständigkeit — in ihnen ist die öffentliche Gewalt nicht verletzt worden.

Das einzige, was man allenfalls könnte entgegen halten, wäre: daß da, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, eine Prüfung des Verdachtes nicht möglich, somit die Gendarmerie, nach §. 50 sub b. des Gesetzes vom 16ten August 1832 berechtigt ist, ohne weiteres zuzugreifen. Allein eine Gefahr haftet nur dann auf dem Verzuge, wenn wenigstens Verdachtsgründe eines Verbrechens angegeben sind, und der Angeschuldigte zu entfliehen suchet — niemals, wenn ein Individuum nur eines Attentates und sogar ohne Verdachtsgrund angeschuldigt wurde, und bereit ist, darüber freiwillig ohne Arrestation vor seinem behörigen Richter zur Rede zu stehen.

Competent zur Verhaftung oder zur Abführung des Beschuldigten zum Verhör auf die Wachtstube würden die im Dienste begriffenen Gensdarmen nur dann gewesen seyn, wenn irgend ein Verdachtsgrund, daß Herbold mit fremdem Gelde entweichen wolle, wäre angegeben worden — sei es auch, daß sie sich in der Wahrheit und Eheblichkeit eines solchen Verdachtsgrundes geirrt hätten.

Aber zuständig kann keine Gewalt seyn, die ohne allen Grund — auch ohne einen scheinbaren zugreift.

Hätten die Gendaemen, „wie sie verbunden waren" den Angeschuldigten gefragt „Wer und wohee er ist;" hätten sie den Anschuldiger gefragt: „Wie der Angeschuldigte zu seinem Gelde gekommen sei; so würden sie einzig mit diesen beiden Fragen vernommen haben: daß es sich um einen reinen Civilfall, in welchem sie zu einer Arretirung nicht competent sind, gehandelt habe.

Es handelte sich um die Frage:

Wo eine Zahlung zu leisten sei? — eine Frage, die zur Entscheidung vor den Civilrichter gehörte, und ein Personal. Arrest konnte, competenter Weise, nur auf Anordnung des Civilrichters geschehen.

Es war somit nicht die öffentliche Gewalt innerhalb ihrer Competenz — es waren nur Individuen, die außerhalb ihrer Zuständigkeit standen, denen der Rekurrent sich widersetzt hat.

Da nun nach §. 40 des Gesetzes vom 31sten Dezember 1831

Regbl Nr. 3 S. 53 d. J.

die Widersetzlichkeit gegen die Gendarmeeie nur dann gesetzlich bestraft wird, wenn sie durch dieses Gesetz nicht gerechtfertigt ist — hier aber die Rechtfertigung des Angeschuldigten eben darin liegt, daß dieses Gesetz eine persönliche Aeretirung ohne einen wenigstens scheinbaren Verdachtsgrund gar nicht und am wenigsten in einem Civilstreit ohne Ermächtigung der richterlichen Behörde gestattet; so mußte wie geschehen erkannt werden.

Anmerkung. Gegen diese Entscheidungsgründe lassen sich mancherlei Bedenken erheben, welche für die Rechtmäßigkeit des hofgerichtlichen Urtheils zu sprechen scheinen. Vor allem darf man bezweifeln, daß die Widersetzlichkeit gegen die Gendarmerie nach dem Art. 1. des Gesetzes

Digitized by Google

über die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt v. 28. Dez. 1831 (Reg. Bl. v. 1832 Nr. IV. S. 55: zu beurtheilen wäre. Das Gendarmeriecorps ist eine Landespolizeianstalt, die weder dem Civil- noch dem Militair-Stande ausschließlich angehört, sondern zwischen beiden in der Mitte steht. Schon deswegen leidet die im Art. 1. jenes Gesetzes hinsichtlich der Zuständigkeit einer Civil- oder Militairperson gezogene Gränzlinie auf die Gendarmerie keine Anwendung. Es kommt vielmehr bei dem Widerstand gegen dieselbe auf die Gränzen ihrer Zuständigkeit gar nicht an. Der §. 35 des Gesetzes über die Gendarmerie. (Reg. Bl. v. 1832 No. III. S. 52) erklärt dies ausdrücklich, indem er mit dürren Worten verordnet: „die thätliche Widersetzlichkeit gegen einen Gendarmen oder Mißhandlung eines solchen, dann gewaltthätige Verhinderung desselben in der Erfüllung seiner Dienstpflicht wird bestraft nach dem Gesetze über die Bestrafung der Widersetzlichkeit." — Es soll also nur die Strafe aus dem Gesetz über die Widersetzlichkeit geschöpft, die letztere selbst aber nicht nach diesem Gesetz beurtheilt werden, *) da die Gendarmerie, nach §. 78 der Instruction vom 16. Aug. 1832 (Reg. Bl. Nr. LIII. S. 428) als öffentliche Sicherheitswache stets im Dienst befindlich zu betrachten ist. Ueberdieß räumt der in obigen Entscheidungsgründen allegirte §. 38 Nr. 11 des Gesetzes (Reg. Bl. v. 1832 No. III. S. 53) der Gendarmerie die Befugniß ein, solche Individuen, welche sich ihr selbst in Ausübung ihres Dienstes widersetzen, zu verhaften. Halten wir uns hiernächst den concreten Fall vor Augen, so sehen wir, daß Herbold den Brigadier, statt sich der Aufforderung desselben unweigerlich zu fügen, sofort anpackte und rund heraus erklärte, daß er nicht mitgehe. Der Brigadier hatte daher volles Recht, den Herbold, welcher schon in die Strafe der Widersetzlichkeit verfallen war, zu verhaften, ohne die Schranken seiner Zuständigkeit zu überschreiten. Seine Aufforderung war aber auch sehr vernünftig und den Umständen ganz angemessen. Wie aus der Geschichtserzählung hervorgeht, so war, als der Brigadier mit den Gendarmen auf den Kornmarkt kam, eine Rauferei daselbst los. Nun ist bekannt, daß bei solchen Anlässen die Neugierigen schnell zusammenlaufen. Die Gendarmerie war daher, nach §. 26 der Instruction, sogar verpflichtet, einzuschreiten und zu verhaften. Sie übereilte sich auch hierbei in der That nicht. Wäre Herbold der Aufforderung des Brigadier, in welcher noch keine Verhaftung lag, willig gefolgt, so würde sich der Straßenscandal von selbst beigelegt und die Sache selbst sich alsbald aufgeklärt haben. Jedenfalls war der öffentliche Marktplatz zu einem mit Herbold anzustellenden Examen nicht der geeignete Ort. Wollte man aber selbst annehmen, der Brigadier sei zu weit gegangen und ohne hinlänglichen Grund zur Verhaftung geschritten, so würde daraus mehr nicht folgen, als daß die Widersetzlichkeit des Herbold gelinder zu ahnden und daß der Brigadier selbst, nach dem §. 40 des Gesetzes über die Gendarmerie, verglichen mit den §§. 29 und 81 der Instruction, unnachsichtlich zu bestrafen gewesen wäre; niemals aber hätte eine Competenz-Ueberschreitung des Brigadier die gegen ihn begangene Widersetzlichkeit straflos machen können **) Es war auch wohl nur ein Mißverständniß, als dem oben erwähnten §. 40 der Sinn abgewonnen wurde, daß die Widersetzlichkeit gegen die Gendarmerie blos dann bestraft werde, wenn sie durch das Gendarmerie-Gesetz nicht gerechtfertigt sei; denn von so etwas ist im gedachten Gesetz nirgends die Rede. Der §. 40 sagt vielmehr wörtlich: „Jede von der Gendarmerie in Ausübung ihres Dienstes angewendete Gewalt, welche durch gegenwärtiges Gesetz nicht gerechtfertigt ist, wird gesetzlich bestraft" — während der oberste Gerichtshof zu lesen scheint: „Jede an der Gendarmerie in Ausübung ihres Dienstes begangene Widersetzlichkeit, welche durch gegenwärtiges Gesetz nicht gerechtfertigt ist, wird gesetzlich bestraft!" — ***) bis hierher wurde gezeigt, daß die Gen-

*) Dies ist wohl zu spitz. Wenn der §. 35 sagt, daß ein solcher Widersetzlichkeitsfall „nach dem Gesetze über die Bestrafung der Widersetzlichkeit" (v. 28. Dez. 1831) bestraft werde, so ist damit dieses Gesetz nicht blos hinsichtlich der Strafbestimmung, sondern auch hinsichtlich der Erfordernisse der Widersetzlichkeit maßgebend. Es heißt ja nicht blos, daß die Strafe nach jenem Gesetze bemessen werden soll, und jedenfalls dürfte in Fällen, für welche jenes Gesetz gar keine Strafe droht, wenn nämlich der öffentliche Diener außerhalb den Gränzen seiner Zuständigkeit handelte, auch hier keine Strafe erkannt werden.

Es wäre auch sonderbar, wenn das Gesetz für die Widersetzlichkeit gegen die Gendarmen eine andere Begriffsbestimmung annehmen wollte, als für jene gegen andere öffentliche Diener.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist sich daher eben so, wie in jenen des Oberhofgerichts, in Bezug auf die Begriffsbestimmung nur auf das allgemeine Widersetzlichkeitsgesetz berufen, und das Hofgericht bemerkt, daß sich aus den angeführten Gründen das fragliche „Vergehen nach Art. 1. des Ges. v. 28. Dez. 1831 als eine Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt darstelle."

D. Red.

**) Nach allgemeinen Grundsätzen möchte man dies annehmen, wenn nicht der Art. 1. des Widersetzlichkeitsgesetzes direkt das Gegentheil sagen würde.

Die ganze Frage kann nur seyn, ob der Brigadier innerhalb der Gränzen seiner Zuständigkeit gehandelt habe? — und diese Frage ist allerdings einer verschiedenen Deutung fähig. D. R.

***) Das Oberhofgericht hat den §. 40 des Gendarmeriegesetzes gar nicht angewendet, sondern nur den Art. 1 des Widersetzlichkeitsgesetzes.

Der Erstere handelt auch gar nicht von der, hier allein in Frage stehenden, Bestrafung der Widersetzlichkeit, sondern nur von der Bestrafung einer Gewaltsüberschreitung der Gendarmen. Eine

Digitized by Google

darmerie in doppelter Hinsicht zur Verhaftung des Herbold befugt, beziehungsweise verpflichtet, und daß sie, als immerwährend im Dienst befindlich, nicht über ihre Zuständig hinaus versetzt war, wie Herbold ihren Anordnungen sich thätlich widersetzte und dadurch wirklich die öffentliche Gewalt verletzte.

Die Sache läßt sich aber auch noch aus einem dritten Gesichtspunkte betrachten. Nach dem §. 23 des Gesetzes, verglichen mit den §§. 92 und 94 der Instruction sind nemlich die Gendarmen zunächst ihren Brigadiers ꝛc. untergeordnet und zufolge §. 77 der Instruktion unter anderem verpflichtet, sich an die ihnen ertheilten Aufträge und Befehle zu halten. Wenn nun der Brigadier — wie geschehen — die ihn begleitenden Gendarmen anwies, Gewalt zu gebrauchen und den Herbold zu verhaften, so mußten sie diesem Befehl unbedingt und auf der Stelle gehorchen. Herbold widersetzte sich aber, wie die Geschichtserzählung nachweist, auf thätliche Weise dem Vollzuge desselben und machte sich also wirklich der Widersetzlichkeit gegen die Gendarmen, folglich auch gegen die öffentliche Gewalt schuldig †). Die ausgesprochene Straflos-Erklärung desselben kann mithin von keiner Seite gerechtfertigt werden. Nur wenige Entscheidungen, wie die hier bekämpfte, würden ohne Zweifel schon hinreichen, die wohlthätige Wirksamkeit der Gendarmerie zu lähmen und das Ansehn dieses mit Recht gepriesenen Instituts zu vernichten. ††) Bayer.

---

solche Gewaltsüberschreitung kann aber an dem Gendarmen bestraft werden, wenn gleich daneben noch der gegen den Gewaltüberschreitenden verübte gewaltsame Widerstand wegen der Gewaltsüberschreitung nach Art. 1 des Widersetzlichkeitsgesetzes straflos bleibt.

D. Red.

†) Der Brigadier hat gegen den Bürger nicht mehr Gewaltsbefugnisse als der gemeine Gendarm. War er aber zur Verhaftung überhaupt unzuständig, so waren dies auch die nach seiner Anweisung handelnden Gendarmen. Anders verhält es sich, wenn der Gendarm z. B. einen Auftrag von einem Richter hat. Hier darf er thun, was er ohne einen solchen Auftrag zu thun gesetzlich nicht ermächtigt wäre. Seine Zuständigkeit beruht auf der Zuständigkeit des Richters, in dessen Auftrag er handelt. Von dem Beigadier, der selbst keine weitere Kompetenz hat, kann aber eine solche auf den gemeinen Gendarm in gleicher Weise nicht übergehen, wenn er gleich demselben in organischer Beziehung sonst untergeordnet ist. D. Red.

††) Dies ist zu viel gesagt. Demungeachtet läßt sich nicht verkennen, daß die Bestimmung des Art. 1 des Widersetzlichkeitsgesetzes, wornach eine Widersetzlichkeit nur insofern, als der öffentliche Diener innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit handelt, bestraft werden kann, in der Anwendung auch seine Bedenklichkeiten hat.

Die §. 563. 565. und 566 des neuen Strafgesetzentwurfs haben daher diesen Grundsatz nicht mehr in seiner Allgemeinheit aufgenommen.

Die Sache hat ihre zwei Seiten. D. Red.

II.

Rechtsfall, vorgekommen bei Großherzoglichen Hofgericht des Unter-Rheinkreises über die Auslegung des L.R.S. 1291,

Rippert gegen Moll.

Vergl. Jahrbücher des Oberhofgerichts Jahr 1824. S. 273. 1833. S. 23. 409. Annalen 3. Jahrgang S. 281.

Die Klägerin hatte vom Beklagten die Zahlung eines Miethzinses verlangt. Der Beklagte hatte zugegeben, den Miethzins schuldig zu seyn, aber zugleich mittels der Einrede der Wettschlagung, eine Gegenforderung geltend gemacht, welche nach ihrer thatsächlichen Begründung schon vor dem Miethzinse existent und fällig geworden war. Die Gegenforderung wurde nämlich, auf den Geund der Geschäftsführung geltend gemacht, indem der Beklagte behauptete, schon einige Jahre früher, eine protestirte Wechselschuld der Klägerin in deren Abwesenheit für sie bezahlt zu haben. Ein Beweis über diese Gegenforderung war nicht anticipirt, klagenderseits wurden die Thatsachen, auf auf welchen der Gegenanspruch beruhte, widersprochen, und die Unstatthaftigkeit der Wettschlagung wegen L.R.S. 1291, und weil die Gegenforderung beweislos sey, behauptet. Das Stadtamt Mannheim, als Richter erster Instanz, gab dem Beklagten den Beweis seiner Einrede auf, und ging dabei von der Ansicht aus, die eingeklagte Forderung habe keinen andern Beweis für sich, als das Zugeständniß des Beklagten, der damit eine Einrede verbunden, welche die Klage elidire. Es könne daher nicht behauptet werden, daß eine richtige und zahlbare Forderung des Klagenden Theils vorliege. Dies liege in der Natur der Sache, und die Bestimmung der Pr. O. über die Trennbarkeit des Geständnisses habe blos Einfluß auf die Beweislast, könne aber auf die hier streitige Frage, nicht bezogen werden.

Der Beweis wurde angetreten und so weit geführt, daß der Unterrichter auf einen von Beklagten auszuschwörenden Ergänzungseid, er habe die Schuld des Klagenden Theils aus eigenen Mitteln bezahlt, erkannte.

Hiergegen ergriff der klagende Theil die Berufung und das Großherzogliche Hofgericht verwarf die bereits bewiesene Einrede der Wettschlagung. Die Motive des Gerichtshofs sind folgende:

Dagegen liegt in dem Erkenntnisse für die Klägerin allerdings eine Beschwerde darin, daß die Einrede der Wettschlagung zugelassen wurde, weil die erwiesene Forderung der Klägerin mit der geläugneten und unerwiesenen Forderung des Beklagten nicht wettgeschlagen werden kann.

Digitized by Google

L.R.S. 1291.

Die Behauptung des Beklagten, daß die gegentheilige Forderung nur durch sein Geständniß liquid geworden sei, daß er diesem Geständniß die Beschränkung beigefügt habe, die Forderung sei durch eine frühere Gegenforderung getilgt, und daß also hierin ein Ableugnen des Klaggrundes liege, steht jener gesetzlichen Bestimmung nicht im Wege, weil ein gerichtliches Geständniß ein vollständiges Beweismittel ist, L.R.S. 1356 Nr. 2., die Verfügung desselben Gesetzes Nr. 3. durch §. 401. der Pr. O. aufgehoben wurde, und dieser Paragraph ausdrücklich besagt, daß, wenn eine Partei ihrem Geständnisse Beschränkungen beifügt, sie solche selbst zu beweisen hat.

Die Einrede der Wettschlagung muß aber, wenn sie berücksichtigt werden soll, sogleich erwiesen seyn, und da es an dieser gesetzlichen Bedingung in dem vorliegenden Falle gebrach, so konnte die Entscheidung der Sache nicht erst vor dem eingeleiteten Beweis-Verfahren abhängig gemacht, vielmehr mußte der Klägerin

ihre liquide Forderung sogleich zuerkannt werden und dem Beklagten überlassen bleiben, seine Gegenforderung im besonderen Rechtswege geltend zu machen.

Dieser Entscheidung steht, abgesehen von der Rechtsfrage, ob mit einer zugestandenen Foederung nur eine vollbewiesene Gegenforderung wettgeschlagen werden dürfe, folgendes entgegen:

Als die Sache auf die von der Klägerin ergriffene Appellation in die zweite Instanz kam, konnte es sich nur darum handeln, ob nach Lage der Sache die Klägerin durch das unterrichtliche Urtheil materiell beschwert war oder nicht, denn nur für materielle Beschwerden giebt unsere Prozeßordnung Rechtsmittel. Es war also hinsichtlich der Einrede der Wettschlagung weiter nichts zu untersuchen, als ob sie zur Zeit des erlassenen Endurtheils die Erfordernisse des L.R.S. 1291 gehabt. Diese hatte sie aber, denn der Beweis, daß der Beklagte in der Abwesenheit der Klägerin eine von ihr acceptirte und bereits protestirte Wechselschuld bezahlt hatte, war vollständig geführt und durch das Erkennen auf den vom Beklagten auszuschwörenden Notheid war nur dieser beschwert, weil ihm schon die Rechtsvermuthung des L.R.S. 2279. zur Seite stand.

Dagegen hat die hofgerichtliche Auslegung des L.R.S. 1291 Vieles für sich, obgleich ich sie nicht für die richtige halte. Betrachtet man jene Auslegung rein nach französischem Recht, so steht ihr schon vor allem der wichtige Umstand zur Seite, daß nach dem ältern französischen Recht der Grundsatz galt une dette n'empeche pas l'autre, und daß sogar einige Coutumes, namentlich die von Paris, die Bestimmung enthielten Compensation n' a point lieu en cour laye Toullier Liv. III Tit. III Nr. 355 u. ff. schreibt diesen Baebarismus dem unseligen älteren Jurisdictions-Verhältniß in Frankreich zu, nach welchem die Gerichtsbarkeit erster Instanz in den Händen von kleinen Herrn war, welche aus Eifer- und Gebürensucht sich gegenseitig um Civilprocesse beneideten, und nicht zugeben konnten, daß aus zwei Processen einer gemacht werde, weil dadurch häufig ein Gerichtsherr um einen Prozeß ärmer werden konnte. Unter diesen Verhältnissen, konnte dann der natürlichste und gerechteste Grundsatz, daß sich gegenseitige Forderungen, welche sich miteinander ausgleichen lassen, zur Zeit, wo beide fällig sind, gegen einander aufheben, nur schwer Eingang finden. Derselbe fand auch erst mit dem Bekanntwerden des römischen und canonischen Rechts, allgemeine Aufnahme, und aus dem ersteren wurde namentlich als Erforderniß der Wettschlagung angenommen, daß beide Forderungen gleich liquid seyn mußten — ein Erforderniß dessen Bedeutung bekanntlich schon nach gemeinem Recht streitig ist, indem die Einen darunter nur eine bewiesene Gegenforderung, die Andern aber eine in Rechten gegründete Forderung verstehen. Unter die ersteren gehörten auch die französischen Juristen, wie sich namentlich aus der Discussion des Staatsrath über den art. 1291 ergiebt. Denn in der Sitzung vom 25. brum. des Jahres 12, war nur die Rede davon, ob man nicht in der Hauptsache bewiesene Forderungen, welche nur noch hinsichtlich ihrer Größe ungewiß, und in dieser Beziehung leicht eeweislich seien, zur Compensation zu lassen, oder ob ein vollständiger Beweis der wettzuschlagenden Forderung zu verlangen sei. Und selbst diese höchst billige Milderung wagte man nicht zum Gesetz zu erheben, sondern begnügte und tröstete sich mit der Hoffnung, daß in einem solchen Falle der Richter dem Beklagten aus Billigkeit eine angemessene Frist zur Zahlung gestatten, und ihr dadurch in den Stand setzen werde, vor Ablauf dieser Frist die vollkommene Liquidstellung seiner Forderung zu bewirken.

Fragen wir die französischen Schriftsteller, so stimmen die meisten mit Pothier überein, welcher den Begriff einer dette liquide dahin angiebt, cum certum est an et quantum debeatur. Hinsichtlich einer widersprochenen oder streitigen Forderung, sagt Pothier:

> une dette contestée n'est donc pas liquide et ne peut être opposée en compensation, á moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve á la main et ne soit en état de la justifier promptement et somnairement.

Dagegen soll nach Toullier nur diejenige streitige Forderung sich nicht zur Compensation eignen, welcher eine contestation fondée sur des motifs raisonnables, qui

Digitized by Google

rendent la dette vraiement douteuse entgegen steht. Die Streitfrage, ob eine Gegenforderung liquid sei oder nicht, soll nach diesem Rechtslehrer, wenn sie nicht zusammengesetzt ist und keine weitläufigen Verhandlungen herbeiführt, vom Richter sogleich entschieden werden. Im entgegengesetzten Fall verweist Toullier auf die Grundsätze, welche er bei der Lehre von der Reconvention aufstellt, und dort legt er Alles in das Ermessen des Richters, welchem er die Lex ultima de compens. (4. 31.) als Richtschnur anweist, nach der er Gegenforderungen, welche zu weitläuftigen Verhandlungen führen, die Entscheidung über den klägerischen Anspruch hinaus schieben und Spuren der Chikane an sich tragen, zum besondern Austrag erweisen soll.

Duranton ist zwar mit Pothier einverstanden, läßt aber vor der Entscheidung über die klägerischen Ansprüche ein Verifications-Verfahren zu, wenn der Beklagte auf den Grund einer Handschrift des Klägers compensiren will, dieser aber seine Unterschrift leugnet. Als Gründe dieser Abweichung giebt er an, daß die meisten Forderungen nur durch Privaturkunden erweislich seien, und man nicht annehmen könne, der Gesetzgeber habe gewollt, daß ein Theil den andern an dem Gebrauch, der kraft Gesetzes eintretenden Wettschlagung durch bloßes Ableugnen hindern dürfe.

Delvincourt findet in dem Widerspruch des Klägers keinen Grund gegen die Statthaftigkeit der Wettschlagung, und macht Alles vom Endurtheil abhängig. Hat nach diesem die Gegenforderung existirt und war sie liquid, so folgert er hieraus, daß die beiden Forderungen sich in dem Augenblick gegenseitig aufgehoben haben, in welchem sie beide zu gleicher Zeit existirt oder einander gegenüber gestanden haben. Gründe für diese Ansicht, führt der Schriftsteller nicht an.

Zachariä verweist die Streitfrage in das Prozeßrecht, läßt aber die Compensation, wenn sie nach diesem überhaupt statthaft, nur von der Zeit an zu, da die Gegenforderung durch ein richterliches Urtheil als liquid anerkannt worden.

Der Cassationshof legt seinen Entscheidungen im Allgemeinen die Ansicht Pothier's zum Grunde, weicht aber auch in einzelnen Erkenntnissen wieder von derselben ab. So wurde

Sirey Tom. XXXI. 1. S. 209.

entschieden, daß nach dem Text der Art. 1291 und 1293 in Uebereinstimmung mit den ältern Rechtsgrundsätzen die Compensation nur zwischen (nach Pothier's Ansicht) gleich liquiden Forderungen stattfinden, und daß diese gesetzliche Bestimmung keine Ausnahme leide. Dagegen wird in andern Fällen eine dette facile á liquider und eine Schuld, welche hinsichtlich ihrer Existenz gewiß und nur noch einer Liquidation hinsichtlich der Qualität bedarf zur Compensation zugelassen Sirey Tom. XXX. 2. S. 352.

XIX. 1. S. 299. XIX. 2. S. 22.

Noch weiter geht der Cassationshof in einem Falle, welcher sich bei Sirey. Tom. XXXIII. 1. S. 79. abgedruckt findet. In diesem Falle war die Einrede der Compensation vorgeschützt, und der Appelhof hatte wegen mangelhafter Instruction des Prozesses ein peäparatorisches examen de pieces vor dem ältesten Avoué verordnet. Diese Verfügung wurde aufrecht gehalten als dem art. 1291 des Code civil nicht widersprechend. Die Gründe waren, daß der Gerichtshof, welcher im übrigen den Parteien ihre gegenseitigen Rechte vorbehalten nur von dem Recht des Richters, eine vollständigere Instruction zu verordnen, wenn er sie für nothwendig erachte, Gebrauch gemacht, und daß es ihm nach erhobener vollständiger Instruction immer noch frei stehe, die mittels der Einrede der Compensation geltend gemachte Gegenforderung für liquid zu erkennen oder nicht.

Berücksichtigt man nun, daß selbst in Frankreich die Discussionen des Staatsraths den Werth einer authentischen Interpretation so wenig haben, als die vorliegenden Entscheidungen des Cassationshofs, so muß man annehmen, daß selbst in Frankreich der Richter an keine gegebene Auslegung des art. 1291 gebunden ist. Dieser wird sich daher vor Allem fragen müssen, was das Gesetz unter dem Ausdruck liquide versteht? Dieses Wort stammt von dem lateinischen Wort liqueo, welches klar seyn, einleuchtend seyn, bedeutend. Nun ist aber eine Forderung eine an sich klare, eine einleuchtende schon alsdann, wenn sie nach den thatsächlichen Behauptungen des Gläubigers in Rechten gegründet, und hinsichtlich ihrer Summe bestimmt ist. Dagegen ist zum Begriff von klar und einleuchtend nicht der Beweis der dem Anspruch zum Grunde gelegten Thatsachen nothwendig, denn hier beginnt schon die Thatfrage, von welcher die Rechtsfrage unabhängig ist. Mit andern Worten: eine Forderung kann hinsichtlich ihrer rechtlichen Begründung, und hinsichtlich ihrer Summe klar, liquid erscheinen, ohne daß ihre wirksame Verfolgung durch den vollen Beweis der ihr zum Grunde liegenden Thatsachen außer allen Zweifel gesetzt, d. h. durch ein gerichtliches oder außergerichtliches Verfahren liquid gestellt ist. Es muß also auch genügen, daß die zu compensirende Forderung mit der ihr entgegenstehenden gleiche Eigenschaft der rechtlichen Begründung und der Bestimmtheit ihrer Größe hat um mit derselben gleich liquid zu seyn. Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung wird bestätigt durch das Gesetz selbst, und zwar durch den art. 1290. Denn da eine Forderung existent werden kann, bevor und selbst ohne daß

Digitized by Google

der Gläubiger Beweismittel über dieselbe besitzt, nach art. 1290, aber die Wettschlagung in dem Augenblick geschieht, wo die beiderseitigen Schulden sich einander gegenüberstehen, d. h. wo sie beide existent und hinsichtlich ihrer Summe gewiß sind, da unter diesen Voraussetzungen die Wettschlagung selbst ohne Wissen des Schuldners und kraft Gesetzes eintreten soll, so würde der art. 1291 in offenbaren Widerspruch mit dem art. 1290 stehn, wenn man unter dem Wort dette liquide nur eine liquid gestellte, eine bewiesene Forderung begreifen wollte. Statt ohne Grund einen Widerspruch zwischen zwei Gesetzen anzunehmen, ist es jedoch weit richtiger, beide in der Art mit einander zu vereinigen, daß man das letztere nur als die näher bestimmte Schlußfolgerung aus dem im ersteren aufgestellten Grundsatz ansieht und gerade durch diese Vereinigung, gerade durch diese Annahme kommt man zu der Auslegung des Wortes liquide, wie sie hier vertheidigt wird.

Hingegen läßt sich auch nicht einwenden, daß nach dieser Auslegung es gar nicht nothwendig, ja sogar überflüssig gewesen sey, das Erforderniß der Liquidität im art. 1291 auszusprechen, indem es alsdann schon in dem art. 1290 enthalten wäre und man dem Gesetzgeber keine überflüssigen Bestimmungen zum Vorwurfe machen dürfe. Denn derselbe Vorwurf müßte ja alsdann dem ganzen Inhalt der ersten Hälfte des art. 1291 gemacht werden. Dieser Vorwurf trifft aber den Gesetzgeber in keiner Beziehung, es waren vielmehr alle Bestimmungen des L. R. S. 1291 auch nach der hier gewählten Auslegung nothwendig. Nachdem nemlich der art. 1290 nur im Allgemeinen bestimmt hatte, daß die beiderseitigen Schulden in dem Augenblick, wo sie sich einander gegenüber ständen, in der Art wettgeschlagen würden, daß gegenseitig der Betrag erlösche, worin sie einander gleichkommen, mußte der Gesetzgeber sich immer noch darüber aussprechen, wann jener Augenblick eintrete und welche Eigenschaft eine Forderung haben müsse, um wettgeschlagen werden zu können. Dies geschah durch die speciellen Bestimmungen, daß die Wettschlagung nur zwischen Schulden eintrete, deren Eine wie die Andere eine Summe Gelds oder eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen von gleicher Gattung zum Gegenstand hat, und deren jede gleich richtig und zahlbar ist. Wollte man aber auch diese speciellen Bestimmungen nicht für nothwendig erachten, so sind sie doch sehr zweckmäßige Erläuterungen des im art. 1290 aufgestellten allgemeinen Grundsatzes, wie denn auch dergleichen in dem Gesetzbuch sehr häufig vorkommen.

Auch das französische Proceßrecht steht obiger Auslegung nicht im Wege, denn nach Tit. 12. des Code procedure, soll der Richter auf Beweis erkennen, wenn die Parteien einen solchen anbieten, obgleich die Parteien statt dieses Wegs, gewöhnlich die Beweis-Articipation wählen.

Eben sowenig kann für die Auslegung Pothier's werden, die Absicht des Gesetzgebers sei gewesen, das Verschleifen der Entscheidung über die Forderung des Klägers durch Chikanen des Beklagten zu vermeiden. Denn jede andre in facto streitige Einrede muß denselben Verschleif herbeiführen. Diese Absicht läßt sich ferner nirgends erkennen, dieselbe würde ebenfalls dem Art. 1290. und dem Grundsatz widerstreiten, daß der Richter einer Partei nur so viel und so wenig glauben darf, als der andern, und folglich Jeder gestatten muß, ihre erheblichen Behauptungen zu beweisen, in so fern sie vom Gegentheil widersprochen werden. Die Unterstellung dieser Absicht, so wie die strenge Auslegung Pothier's, würde zu der Ungereimtheit führen, daß derjenige Compensant, dessen Gegenforderung nur in rechtlicher Beziehung zweifelhaft und bestritten, den Vorzug vor den verdienen, dessen Gegenforderung nur facto bestritten sey. Denn bei dem ersteren wäre der Richter gezwungen sich über die Compensabilität der Gegenforderung auszusprechen, quia curia debet nosse jus, bei dem Letztern wäre er gezwungen über jene Frage zum Nachtheil des Beklagten hinweg zu gehn, weil dieser nicht geleistet, was ihm obgelegen, nämlich seine Ansprüche nicht auf eine unwidersprechbare Weise thätsächlich begründet, was sehr nahe an eine factische Unmöglichkeit grenzt, wenn nicht mit derselben zusammenfällt. Jene Ansicht des Gesetzgebers, wenn sie je existirt hätte, würde aber jedenfalls vor der consequenten Ableitung der wahren Folgen aus dem Art. 1290. und vor der Ueberzeugung in den Hintergrund treten müssen, daß ja das Leugnen des Klägers ebenso wohl eine Chikane seyn könne, als das Entgegenhalten einer nicht bewiesenen Einrede.

Eine weitere Bestätigung der hier vertheidigten Auslegung des L R.S. 1291. findet sich auch in diesem Gesetze selbst, und zwar namentlich in dem Schlußsatz, aus welchem sich ergiebt, daß das Gesetz zwischen dettes liquides und dettes non contestées zwischen wohl begründeten und hinsichtlich ihrer Summe bestimmten und zwischen nicht streitig gemachten Forderungen wohl zu unterscheiden wußte. Dagegen darf man nicht mit Brauer (Bd. 6. S. 314. und 315.) aus jenem Schlußsatz ableiten, daß der Gesetzgeber in demselben klare und fällige Forderungen, den unbestrittenen gleichgestellt. Denn erstens hat der Gesetzgeber nicht gesagt, daß er sogleich bei der ersten Anmeldung, oder nach gepflogenen und geschlossenen Verhandlungen unbestrittene Forderungen gemeint, weßhalb man berechtigt ist, in Uebereinstimmung mit der richtigen Auslegung der ersten Hälfte des Art. 1291 das letztere anzunehmen. Der Gesetzgeber hat aber auch das Gegentheil von dem gethan, was Brauer unterstellt, er hat unbestrittene Leistungen, welche nach einem bestimmten Marktpreis zahlbar sind, klaren und fälligen Geldforderungen jedoch nur gewissermaßen gleichgestellt. Die Gleichstellung besteht nämlich lediglich darin, daß dergleichen Gegenforderungen wettgeschlagen werden können und als Ungleichheit bleibt immer stehn, daß bei dergleichen Leistungen die Wettschlagung nicht kraft Gesetzes, nicht ohne Wissen des Schuldners eintritt.

Digitized by Google

Nach badischem Recht, muß dasselbe gelten, was nach französischem Recht gilt. Denn wenn auch Brauer den Art. 1291. unrichtig verstanden hat, so hat er ihn doch richtig und namentlich das Wort „liquide" mit „richtig" übersetzt, welches dieselbe Bedeutung „klar einleuchtend" hat. Er hat noch mehr gethan, er hat exigible mit klagbar übersetzt, weßhalb man natürlich unter dem Erforderniß der Richtigkeit nicht verstehen kann, daß die Forderung entweder zugestanden, oder doch bereits ausgeklagt sei.

Schon nach gemeinen Prozeßrecht und der Obergerichtsordnung §. 71. u. ff., mußte im ordentlichen Proceß auf den Beweis aller gegründeten Einreden, folglich auch auf den Beweis der Einreden der Wettschlagung erkannt werden, und daß dies auch nach der neuen Prozeßordnung geschehen muß, unterliegt wohl keinem Zweifel. Daß aber die Einrede der Wettschlagung, durch die neue Proceßordnung sogar begünstigt worden, ergiebt sich aus dem §. 964. derselben.*)

OGAdv. v. Soiron.

III.

Zu Nr. 7. III. Jahrgang 1838 der Annalen.

Ueber die Verjährung der Verzugszinsen nach L.R.S. 2277.

Die gewichtvollsten Autoritäten haben sich in neuerer Zeit für die Anwendbarkeit des L.R.S. 2277 auf Verzugszinsen erklärt, und es ist deßhalb sehr gewagt, eine entgegengesetzte Ansicht vertheidigen zu wollen.

Weit entfernt, als Gegner jener Autoritäten in die Schranken treten zu wollen, sucht der Verfasser nur Belehrung über einige Zweifel an der Richtigkeit der Voraussetzungen, auf welchen die Anwendbarkeit des S. 2277 auf Verzugszinsen beruhen soll.

Der L.R.S. 2277 verordnet, daß die Klagen auf alles dasjenige, was von Jahr zu Jahr oder in kürzern Zietern zahlbar ist, wie z. B. Rückstände fälliger Gülten, Kapitalzinsen rc. in 5 Jahren verjähren sollen.

Diese Verordnung soll, nach dem oben allegirten Aufsatze auf Verzugszinsen passen,

> weil Verzugszinsen ganz gleich den andern Zinsen zu 5 per Hundert überall per Jahr berechnet, also per Jahr verfallen, folgeweise auch zahlbar seien.

Diese Schlüsse scheinen nicht richtig zu sein, schon aus dem Grunde, weil Verzugszinsen, sobald die Schuldigkeit zu ihrer Zahlung feststehe, in jedem Augenblicke fällig und zahlbar, und an einen Verfalltermin, wie Gülten und Renten jeder Art nicht gebunden sind.

Wenn das Capital, von welchem Verzugszinsen gezahlt werden sollen, verfallen und zahlbar ist, so sind es auch die Verzugszinsen, und da die Klage auf ein verfallenes Kapital nicht an bestimmte Zieler gebunden ist, so kann es auch die Klage auf Verzugszinsen nicht seyn.

Man wird nicht behaupten können, daß der Gläubiger sein fälliges Kapital stehen lassen müsse, bis die Verzugszinsen ein oder zwei Jahre rc. alt geworden sind.

Was erst an einen Verfallziele zahlbar ist, kann vor dem Verfalltage nicht gefordert werden. L.R.S. 1186.

Wären also die Verzugszinsen nur von Jahr zu Jahr verfallen, dann könnten sie auch nur in diesen Terminen gefordert werden, während doch das Kapital früher gefordert werden könnte. Kapital und Zinsen hätten also verschiedene Verfalltermine; es könnte das Kapital gezahlt werden

> ohne die Verzugszinsen, der ausdrücklichen Vorschrift der Sätze 1256 und 1254 3. zuwider. Die Hauptsache wäre gewissermaßen von der Nebensache abhängig.

Wie ich glaube, kann bei Verzugszinsen von bestimmten regelmäßig wiederkehrenden Verfallterminen überhaupt nicht wohl die Rede seyn, weil diese Zinsen als Entschädigung gegeben werden sollen, — Entschädigung aber nur wegen Beschädigung entsteht, — ein Gesetz aber nicht die Fortsetzung einer Beschädigung, einer widerrechtlichen Handlung, gebieten kann, sofort Entschädigung zu jeder Zeit geleistet werden darf. Was aber zu jeder Zeit gezahlt werden darf, kann nicht von Jahr zu Jahr zahlbar seyn.

Der Satz: „Alle Zinsen ohne Unterschied werden in 5 Jahren verjessen, weil sie von Jahr zu Jahr zahlbar sind", welcher in einer Anmerkung zu Nr. 1. III. Jahrgang 1838 der Annalen vorkommt, — scheint mir noch einer gründlichern Nachweisung zu bedürfen.

Aus diesen Bemerkungen dürfte sich auch ergeben, daß L.R.S. 1154 nicht von entscheidendem Gewicht ist. Dieser Satz könnte fast zum Gegenbeweise dienen. Denn zufolge desselben können Verzugszinsen zinstragend gemacht werden, sobald wenigstens von einem ganzen Jahre die Zinsen zurückstehen. Es ist damit aber nicht ausgedrückt, daß man die, im zweiten Jahre laufenden, Verzugszinsen vor Ablauf dieses Jahes nicht auch durch Einklagung des Kapitals nebst Verzugszinsen zinstragend machen könnte.

Dadurch, daß in dem Satz 2277 „Kapitalzinsen" aufgeführet werden, wird die Anwendung dieser Gesetzesstelle auf Verzugszinsen nicht dargethan.

(Brauer wollte den französischen Text, welcher nur von „Zinsen und geliehenen Gelde" redet, durch seine Uebersetzung nicht verändern. (Vgl. dessen Erl zu S. 2277.)

Unter der allgemeinen Bezeichnung: „Kapitalzinsen" können nur solche verstanden werden, welche in bestimmten Zielern fällig sind, weil sonst der gesetzliche Begriff nicht auf sie paßte, — das Gesetz mit sich selbst im Widerspruche stände. Können daher Verzugszinsen überhaupt nicht zu jenen Kapitalzinsen, welche jährlich oder nach kürzern, regelmäßig wiederkehrenden Fristen zahlbar sind, gerechnet werden, so können dieselben auch nicht zu den Capitalzinsen gezählt werden, von welchen S. 2277 redet. — X.

*) Man vergleiche über den nämlichen Gegenstand den Aufsatz in Nr. 48. der Annalen von 1835, mit der angehängten Anmerkung der Redaction. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 39. Karlsruhe den 28. September 1839.

Rechtsfälle,
die Aufhebung der Herrenfrohnden, des Blutzehntens und des Neubruchzehntens betreffend*).

I. Von dem Herrn Grafen von Leiningen Billigheim und den Mitgliedern der vormals reichsunmittelbaren Reichsritterschaft aus den Cantonen Ortenau, Craichgau und Odenwald, welchen in Gemäßheit der mit denselben getroffenen Vereinbarungen durch §. 5 der Deklaration vom 22. April 1824 (Reg. Bl. v. 1824 Nr. XI) beziehungsweise §. 50 der Deklaration vom 2. März 1826 (Reg. Bl. VII.) die Zusicherung ertheilt war, daß in Zukunft keine Abgaben, Gefälle und nutzbaren Rechte, in deren Bezuge sie sich befanden, mehr aufgehoben werden sollten, ohne daß ihnen dafür aus der Staatskasse volle Entschädigung geleistet werde, wurde bei der teutschen Bundes-Versammlung wegen der durch die Gesetze vom 28. Dezb. 1831 (Regbl. v. 1832, Nr. I.) theils mit, theils ohne Entschädigung verfügten Aufhebung der Herrenfrohnden, des Blutzehntens und des Neubruchzehntens, Beschwerde erhoben, indem sie behaupteten, daß nach jener Uebereinkunft ihnen für den Neubruchzehnten überhaupt eine Entschädigung, für die Herrenfrohnden und den Blutzehnten aber eine größere Entschädigung gebühre, als durch die Gesetze vom 28. Dez. 1831 bewilligt sei.

Da inzwischen nach dem Art. 63 der Wiener-Schlußakte vom 15. Mai 1820 Streitigkeiten, welche über die Anwendung der in Gemäßheit des §. 14 der Bundes-Akte abgeschlossenen Verträge entstehen, jeweils an die Landesbehörden der betreffenden Bundesstaaten selbst gebracht werden müssen, so hat die großherzogliche Regierung zu Erledigung dieser Beschwerden erklärt, daß über die Frage: ob den Reclamanten in Folge des §. 25 der Deklaration vom 22. April 1824, resp. des §. 50 der Deklaration vom 2. März 1826 wegen Aufhebung des Neubruchzehntens irgend eine und welche? sodann wegen Aufhebung des Blutzehntens und der Herrenfrohnden eine größere Entschädigung gebühre, als sie nach den Gesetzen vom 28. Dezember 1831 erhalten, lediglich die Landesgerichte zu entscheiden, und zwar ohne Rücksicht auf die Gesetze vom 28. Dezember 1831 blos auf den Grund des §. 25, resp. §. 50 der mehr erwähnten Deklaration rechtliches Erkenntniß zu fällen haben.

Die Bundesversammlung hat dieser Erklärung gemäß durch einen in der Sitzung vom 16. Juni 1836 gefaßten Beschluß den Reclamanten überlassen, ihre vermeintlichen Entschädigungs-Ansprüche vor den diesseitigen Landesgerichten geltend zu machen, und letztere wurde durch hohe Entschließung aus dem großherzoglichen Staatsministerium vom 18. August 1836 Nr. 1309 (verkündet durch Justizministerial-Erlaß vom 2. Sept. 1836, Nr. 4206), gleichlautend mit dem Bundesbeschlusse, eröffnet:

„es sei auf die von den Reclamanten zu erhebende Klage, über die Frage, ob denselben in Folge der §§. 25 und 26 der Deklaration vom 22. April 1824, resp. des §. 50 der Deklaration vom 2. März 1826 rücksichtlich des Novalzehntens, wegen des Verlusts ihres eventuellen Erhebungsanspruchs in künftigen Fällen, irgend eine und welche, sodann wegen Aufhebung des Blutzehntens und der Herrenfrohnden eine größere Entschädigung aus der Staatskasse gebühre, als in den hierüber ergangenen Gesetzen zugesichert ist, ohne Rücksicht auf letztere, blos auf den Grund der obigen Declarationen, rechtliches Erkenntniß zu fällen."

II. Es kamen nun fast gleichzeitig fünf hierauf gebaute Klagen bei dem Hofgerichte des Unterrheinkreises ein. Auf zwei derselben wurde Ladung erkannt, die drei übrigen wurden angebrachtermaßen abgewiesen.— Unter die Erstern gehörte

A. Eine Klage des Herrn Grafen von Leiningen Billigheim, die Aufhebung des Blutzehntens betreffend. Sie enthält Folgendes:

Da der Blutzehnten ein privatrechtliches Eigenthum des Klägers sei, so müsse dessen Aufhebung als eine Zwangsabtretung zu Gunsten des Staatsangehörigen angesehen werden; hiezu könne aber nach L. R. S. 545 und §. 14

*) Man sehe den Aufsatz I. in Nr. 31 der Ann. dieses Jahrgangs. D. R.

Digitized by Google

der Verfassungsurkunde Niemand gezwungen werden, außer gegen volle Entschädigung. Dieser Anspruch auf volle Entschädigung sei indessen nicht nur im Gesetze gegründet, sondern auch noch in der mit wechselseitiger Einwilligung der Regierung und der gräflichen Standesherrschaft im Dezember 1825 geschlossenen, im Regierungsblatte vom 2. März 1826, Nr. VII. verkündeten Uebereinkunft, vertragsmäßig zugesichert. Denn die §§. 50 und 53 jener Uebereinkunft besagten, daß der Standesherrschaft die Ausübung des Zehntrechts oder volle Entschädigung dafür aus der Staatskasse garantirt werde. Das Gesetz vom 28. Dez. 1831 bewillige nur den 15fachen Betrag des einfachen Ertrags, dieses sei aber keine genügende Entschädigung, es müsse vielmehr jener einfache Ertrag 25fach capitalisirt werden, da 4 pCt. jetzt der gewöhnliche Zinsfuß sei und dieser Zinsfuß für derartige Entschädigungsberechnungen mehrfach im Landrechte, worüber Satz 710 lm und 710 gc zu vergleichen wären, angenommen worden sei. Das gedachte Gesetz von 1831 stehe einer Mehrforderung nicht entgegen, weil der Bundesbeschluß dasselbe dem Kläger gegenüber aufgehoben und die Deklaration wiederhergestellt habe. Kläger sei zwar gezwungen gewesen, sich nach dem Ges. v. 1831 in die Ablösungsverträge einzulassen, er habe aber dagegen stets protestirt und sich gegen das Gesetz v. 1831 schriftlich und mündlich verwahrt.

Die vorliegende Klage werde gegen den großherzoglichen Fiskus gerichtet, weil die Entschädigung in der Deklaration unbedingt aus der Staatskasse zugesichert worden sei, und der Bundesbeschluß dieses ausdrücklich vorschreibe. —

Der Blutzehnten, welchen Churmainz und als dessen Rechtsnachfolger, der Kläger, von jeher zu beziehen hatte und zwar in den Orten Auerbach ꝛc. sei durch die Ablösungs-Verträge und Staatsgenehmigungen, sowohl von Seite der Zehntpflichtigen, als der Staatskasse anerkannt. Derselbe habe jährlich im Ort Auerbach 5 fl. 6 kr. (nun folgen die übrigen Orte) ꝛc. im Ganzen 74 fl. 54½ kr. betragen. Capitalisire man diese Rente 25fach, so ergebe sich die Summe von 1872 fl. 35 kr.

Es sei aber nur der 15fache Betrag mit 1123 fl. 35 kr.

als Entschädigung bestimmt worden, folglich sei Kläger um 749 fl.

verletzt. Diese Summe müsse nebst Zins zu 4 pCt. seit 1. Januar 1832 aus der Staatskasse noch vergütet werden. —

Der großherzogliche Fiskus erklärte hierauf:

Er erkenne die Competenz des angegangenen Gerichtshofs zu Entscheidung der Frage: Ob dem Herrn Kläger in Folge der Deklaration vom 2. März 1826 wegen Aufhebung des Blutzehntens eine größere Entschädigung aus der Staatskasse gebühre, als im Gesetz vom 28. Dezember 1831 zugesichert sei, — an. Er müsse jedoch bezüglich auf §. 296 der Prozeßordnung zwei prozeßhindernde Einreden der Klage entgegen setzen.

1) Die durch die fragliche Deklaration zu begründende Klage werde durch Solche nicht begründet, weshalb jede Antwort auf die Klage als unnütz erscheine. — Die Deklaration sei nämlich, wie ihr Eingang angebe, zum Vollzug des Artikel 14 der Bundesacte bestimmt. Nach diesem Zwecke sei sie, so weit die Standesherrschaft daraus Privilegien im Vergleich zu andern Staatsbürgern herleite, strict zu interpretiren. Nur hinsichtlich der, der Standesherrschaft verliehenen Hoheitsrechte sei die Regierung in dem Falle gewesen, sich mit der Standesherrschaft zu vereinbaren; hinsichtlich aller Privatberechtigungen dagegen die Standesherrschaft unter die für alle Staatsbürger gültige allgemeine badische Gesetzgebung gefallen. Hinsichtlich der letztern Classe von Berechtigungen sei die Staatsregierung im Jahre 1825 nach der Verfassung nicht einmal befugt gewesen, die Staatsgesetzgebung für unwirksam zu erklären. Der §. 50 der Deklaration sei daher nur von Hoheitsgefällen zu verstehen; zu diesem gehöre aber die hier klagend verfolgte Berechtigung nicht. —

Jener Paragraph habe überdies nur die Aufhebung eines solchen Gefälls im Auge, d. h. den Fall, wo die Pflichtigen ohne Verbindlichkeit zu einer Entschädigung von der Abgabe befreit werden, deshalb sage der Paragraph, daß die Staatscasse in dem dort vorausgesetzten Falle volle Entschädigung zu leisten habe. Die Abgabe, welche den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bilde, sei aber nur einer gezwungenen Ablösung unterworfen; die Pflichtigen müßten ablösen und die Staatskasse gebe blos einen Zuschuß zur Vervollständigung der Entschädigung. —

2) Wäre jedoch der §. 50 der Deklaration hier anwendbar, so würde der Herr Kläger zu Begründung der Klage diejenigen Thatsachen vorzutragen gehabt haben, aus welchen, so ferne sie wahr wären, der Schluß sich ergäbe, daß der Herr Kläger zum Bezuge des fraglichen Gefälls vor dem Gesetze von 1831 berechtigt war und folglich durch dieses Gesetz ein Recht verloren habe; sodann diejenigen Thatsachen, aus welchen sich ergebe, daß das Recht mehr werth war, als ihm zum Zwecke der Ablösung desselben gezahlt worden sei. Hierin sei aber, (was näher ausgeführt, und wobei namentlich das kläger'scher Seits behauptete Anerkannt bekämpft wird) die Klage so mangelhaft, daß der Beklagte ohne vorherige Ergänzung derselben sich nicht erschöpfend einlassen könne.

Es wurde dann gebeten a) zu erkennen: daß die Klage nicht, oder doch angebrachter Maaßen nicht Statt finde, — oder b) mindestens die Vervollständigung der Klage aufzugeben. —

Der Gerichtshof ordnete Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung über diese Einreden an und beschloß nach geflogener Verhandlung am 13. Mai 1839:

Digitized by Google

„Es sei die aus dem Inhalte der Deklaration vom 2. Mai 1826 abgeleitete prozeßhindernde Einrede zu verwerfen; die Einrede der Unvollständigkeit der Klage aber für begründet zu erklären und dem gemäß der gräflichen Standesherrschaft aufzugeben, vorerst binnen 4 Wochen, bei Vermeidung des Ausschlusses, diejenigen Thatsachen vorzutragen, auf welche sie den Erwerb des Rechts zum Bezug des Blutzehntens in den Orten Auerbach ꝛc. in dem von ihr behaupteten Umfange gründet."

Die Motivirung dieses Beschlusses bestand in Folgendem:

1) Die landesherrliche Deklaration vom 2. März 1836 (Reg.-Bl. Nr. VII.), welche in ihrem Eingange besagt, daß sie in Folge einer durch Großherzogl. Bevollmächtigte, mit der Gräflich Leiningen'schen Standesherrschaft geschlossenen, von der Staatsregierung genehmigten Uebereinkunft, erlassen worden sei, erscheint nur als Verkündung des Ergebnisses dieser Uebereinkunft.

2) Die vorliegende, zum Zwecke der Erlangung genügender Vergütung wegen des aufgehobenen Blutzehntens erhobene, auf die Deklaration gegründete Klage aber muß als eine Gewährleistungsklage hinsichtlich dessen angesehen werden, wozu die Staatsregierung in der fraglichen Uebereinkunft dem Herrn Kläger gegenüber sich vertragsmäßig verpflichtet hatte *).

3) Der Großh. Fiscus wendet nun zwar ein, daß die Deklaration in Bezug auf den aufgehobenen Blutzehnten keine Gewährleistung enthalte, daher eine Klage auf den Grund der Deklaration gegen den Fiscus wegen der Aufhebung jenes Gefälls nicht Statt finde. Allein aus Vergleichung der §§. 49 und 50 der Deklaration, von welchen Letzterer an den Ersteren durch das Verbindungswort „somit" als Folgerung sich anschließt, ergibt sich, daß die Staatsregierung der Gräfl. Standesherrschaft gegenüber sich verbindlich machte, keine der Letztern zustehenden nutzbaren Rechte aufzuheben, ohne dafür aus der Staatskasse volle Entschädigung leisten zu lassen **).

*) Anm. d. E. Nur von diesem Standpunkte aus möchte vorliegende Streitsache als eine solche anzusehen seyn, welche dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, resp. des Civilprozesses angehört. Da nun nach Titel 1 der Prozeßordnung die bürgerlichen Gerichte nur über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten erkennen dürfen, bei obiger Betrachtung aber die Sache als civilprozessualisch angesehen werden kann, und die Vorschriften der Prozeßordnung für derartige Fälle weder durch ein Landesgesetz, noch den Bundestag, sofern demselben die Befugniß hiezu zukommen sollte, außer Kraft gesetzt worden sind, so versteht es sich wohl von selbst, daß das großherzogliche Staatsministerium, indem es die fragliche Sache vor die bürgerlichen Gerichte verwieß, voraussetzte, es habe die Beurtheilung nur vom Standpunkte des bürgerlichen Rechts und die Verhandlung und Entscheidung nach den Regeln des Civilprozesses einzutreten.

**) Anm. d. E.— Die Deklaration spricht ganz allgemein. Sollte bei den, derselben vorgängigen Unterhandlungen nur für Hoheitsrechte die Gewährleistung begehrt werden seyn, und dem gemäß die Unterhandlung und Uebereinkunft sich nur auf Hoheits-Gefälle bezogen haben, so ist Solches doch weder aus der Deklaration bestimmt zu ersehen, noch in dieser Beziehung eine genügende thatsächliche Begründung im Einredevortrage enthalten.

Da nun der Blutzehnte zuverlässig in die Classe der obengedachten Berechtigungen gehörte und die Gräfl. Standesherrschaft von 1. Januar 1832 an für immer außer Bezug desselben gesetzt wurde, so liegt der Fall vor, in welchem zufolge der Declaration für die entzogene Berechtigung volle Entschädigung garantirt war.

Die erste, der Klage als prozeßhindernd entgegengesetzte Einrede ist somit unbegründet.

4) Die zweite Einrede anlangend, so besteht die aus den Landrechtssätzen 710 aa und ba entspringende Präsumtion für das Zehntrecht überhaupt und für das Zehntrecht der Ortsherrschaft insbesondere nach L.R.S. 710 cc für den Blutzehnten nicht; vielmehr sind nach der letztgedachten Gesetzesstelle die Erzeugnisse der Thiere im Zweifelsfalle nicht für zehntbar zu erachten. Daraus folgt, daß derjenige, welcher eine Zehntberechtigung in Anspruch nehmen will, dieselbe auf gesetzliche Weise begründen muß.

In diesem Falle befindet sich auch die Gräfl. Standesherrschaft bei Verfolgung ihres Begehrens um Gewährleistung für die ihr entzogene Berechtigung zum Bezuge des Blutzehntens, da die Gewährleistung oder die Entschädigung für ein entzogenes Recht nur dann eintreten könnte, wenn das Recht selbst bestanden hätte.

5) Die Klagbegründung hinsichtlich des Bezugsrechts lautet nun dahin:

„der Blutzehnte, welchen Churmainz und als dessen Rechtsnachfolger der Herr Kläger ꝛc. (s. o.).

6) Aus dieser Anführung läßt sich entnehmen, daß die Gräfl. Standesherrschaft ihr Recht

a) auf „das bisherige zu beziehen haben," womit zunächst das bisherige Bestehen der Berechtigung und vielleicht auch der bisherige Bezug gemeint seyn mag, und

b) auf ein vertragsmäßiges Anerkenntniß gründen will.

7) Was die ersterwähnte Thatsache betrifft, so reicht sie zur Klagbegründung nicht hin. Denn das fragliche Zehntrecht muß nach Analogie des L.R.S. 691 (von verborgenen Dienstbarkeiten) beurtheilt werden. Hiernach würde aber nur eine Vergünstigung oder ein verjährter Besitz entscheidend seyn und es müßte überdieß noch da, wo sich auf die Verjährung berufen werden wollte, nicht nur behauptet seyn, daß in der Gegend, in welcher die Berechtigung in Anspruch genommen wird, die betreffenden Dienstbarkeiten durch Verjährung erworben werden konnten, sondern auch, daß die Verjährung vor Einführung des Landrechts bereits eingetreten war. In Ermangelung solcher thatsächlichen Anführungen erscheint die Klage als unvollständig, ohne daß der §. 50 der Declaration im Wege stünde; da bei dem dort erwähnten Besitze nur ein rechtmäßiger Besitz vorausgesetzt werden muß, weil eine

Digitized by Google

Gewährleistung nur für wirklich vorhandene Rechte gedacht werden kann. —

8) Den zweiten Klaggrund anlangend, so will die klagende Standesherrschaft das Gesetz vom 28. Dez. 1831, die Aufhebung des Blutzehntens betreffend, nicht anerkennen und, als sie bindend, nie anerkannt haben; und es soll ferner nach dem von ihr angerufenen Beschlusse der Bundesversammlung die Entscheidung über die vorliegende Klage ohne Rücksicht auf das obgedachte Gesetz und blos auf den Grund der Declaration erfolgen. Es kann deshalb die klagende Standesherrschaft sich nicht auf die, in Gemäßheit und zum Vollzuge des Gesetzes von der badischen Regierung abgeschlossenen oder genehmigten Ablösungsverträge und sonstigen Anerkenntnisse berufen. Denn bei Letztern wurde stets die Wirksamkeit des Gesetzes vorausgesetzt; sie erschien als die nächste Ursache des vertragsmäßigen Anerkenntnisses. Mit Aufhören dieser Vertragsursache blieb der Vertrag ohne Vertragsursache, somit nach L.R.S. 1131 ohne Rechtswirkung. Ueberdies sind die mit den Pflichtigen abgeschlossenen Verträge insbesondere schon nach L.R.S. 1165 dem Großh. Fiscus, als Dritten, unpräjudicirlich und selbst dessen Bestättigung dieser Vorträge, so wie die etwa nachgefolgte Zahlung können nach L.R.S. 1338 u. 1338 a nicht weiter, als auf Anerkennung des nach dem Gesetze von 1831 dem Großh. Fiscus obliegenden Beitrags zum Ablösungskapital gehen, weil im Bestehen des Gesetzes selbst schon die Gewißheit lag, daß eine größere Verpflichtung nicht anerkannt werden wolle und nicht anzuerkennen war.

Es läßt sich daher der Vorgang nach Erlassung des mehrgedachten Gesetzes nicht mit günstigem Erfolge als Klaggrund benützen, es müßte vielmehr die Klage gerade so begründet werden, als wenn das Gesetz, so weit es Bestimmungen über die Art der Ablösung trifft, nicht existirte und noch keinen Vollzug erhalten hätte.

9) Da nun jene Begründung nach dem unter Nr. 7 Bemerkten ganz ungenügend ist, so wurde nach Ansicht des §. 248 der P. O. vorerst die Vervollständigung der Klage in den allein erheblichen Beziehungen angeordnet.

NB. Die zweite Klage des Herrn Grafen von Leiningen, auf welche Ladung erkannt worden war, betraf die Herrenfrohnden.

Sie ist mit Ausnahme der, aus der Verschiedenheit der Streitobjecte und der Bestimmungen der zwei Ablösungsgesetze sich ergebenden Aenderungen, mit der ersterwähnten Klage gleichen Inhalts. Ebenso verhält es sich mit der vom Fiscus auf die Ladungsverfügung gegebenen Erklärung.

Die Unvollständigkeit der Entschädigung im vorliegenden Falle wird insbesondere daraus abgeleitet:

a) daß in Art. 17 und 18 des Frohndablösungsgesetzes ohne allen Grund $^1/_3$ des Fuhrlohns und $^2/_3$ des Taglohns bei bestimmten Frohndarbeiten an dem ortsüblichen mittlern Fuhr- und Taglohn in Abzug gebracht und bei Frohnden in bestimmten Tagsarbeiten der Werth der Spanndienste nur mit $^7/_{10}$ des ordentlichen mittlern Fuhrlohns, der Werth der Handdienste aber nur mit der Hälfte des ortsüblichen Taglohns angenommen worden sei;

b) daß im Art. 2 des Ablösungskapitals für die walzenden Frohnden auf den 18fachen, und bei persönlichen Frohnden nur auf den 12fachen Betrag des schon nach Obigem so sehr herabgedrückten mittlern Werths festgesetzt sei, während der wahre Werth in dem 25fachen Betrage der Frohnden ohne allen Abzug bestehe. Die einzelnen Frohndberechtigungen werden aufgezählt, es wird angeführt, in welcher Summe die nach dem Gesetze von 1831 gefertigte Berechnung bestehe und wie viel nun aus der Staatskasse mehr begehrt werde.

Das Summarium hievon ist folgendes:

für Frohnden zum Transport von Baumaterialien zum Allfelder Schaafhaus — seien zuerkannt 60 fl., begehrt wurden 150 fl.;

für Frohnden zum Transport herrschaftlicher Gefällfrüchte seien zuerkannt 73 fl. 12 kr., begehrt wurden 1642 fl. 30 kr.;

für Frohndgelder seien zuerkannt 810 fl., begehrt wurden 1687 fl. 30 kr.;

für walzende Frohndsurrogatgelder 7 fl., begehrt wurden 100 fl.;

für Jagdfrohnden seien zuerkannt 1879 fl., begehrt wurden 9780 fl.

Außer den im Ganzen zuerkannten 2912 fl. 24 kr. wurden demnach noch weiter begehrt 10,447 fl. 36 kr.

Nach geflogener mündlicher Verhandlung über die vom Großh. Fiscus vorgeschützten prozeßhindernden Einreden, verwarf der Gerichtshof am 13. Mai d. J. aus den schon oben angegebenen Gründen die erste Einrede, erklärte dagegen auch hier die Einrede der Unvollständigkeit für begründet und verfügte deshalb:

„daß die Gräfl. Standesherrschaft vorerst binnen 4 Wochen bei Vermeidung des Ausschlusses diejenigen Thatsachen vorzutragen habe, aus welchen hervorgehen soll, daß die in der Klage erwähnten einzelnen Frohndberechtigungen überhaupt und in dem behaupteten Umfange zur Zeit der Einführung des Landrechts in rechtmäßiger Uebung waren."

Die hierauf bezügliche Stelle der Entscheidungsgründe lautet dahin:

Die Herrenfrohnden und deren Surrogate gehören unter die Grundpflichtigkeiten. Derartige Berechtigungen sollten nach Einführung des Landrechts nach Satz 710 g. h nur noch in soweit geduldet werden, als sie bei Publication jenes Gesetzes in rechtmäßiger Uebung waren. Es konnten

Digitized by Google

nach Verkündung des Gesetzbuchs weder neue entstehen, noch ältere wieder aufleben, welche nicht zur fraglichen Periode in rechtmäßiger Uebung waren. Es versteht sich daher von selbst, daß unter der in §. 50 der Declaration erwähnten, von der Gräfl. Standesherrschaft besessenen, hierher gehörigen Berechtigungen nur solche gemeint seyn konnten, bei welchen der Besitz die im Landrechte vorausgesetzten Eigenschaften hatte.

Ueber die Frage, wann eine rechtmäßige Uebung in Bezug auf Frohnden vorhanden sei, entscheidet der L.R.S. 710 in, indem er festsetzt, daß walzende Frohnden nach den Regeln der Grunddienstbarkeiten und die Pflichtigkeit zu persönlichen Frohnden zunächst nach Maaßgabe der „Staatsconstitution" beurtheilt werden sollen.

Die Erstere anlangend, so finden sich bei den Frohnden die Merkmale der verborgenen und unständigen Dienstbarkeiten, wie sie in dem L.R.S. 688, 689 definirt sind, vor. Es gehörte demnach zu einer rechtmäßigen Uebung, daß nach L.R.S. 691 entweder eine Vergünstigung oder ein vor Verkündigung des Landrechts schon bestandener und verjährter Besitz des Frohndrechts vorläge.

Hinsichtlich der persönlichen Frohnden besagt die Staatsconstitution, unter welcher hier zuverlässig das 6te Constitutions-Edict vom 4. Juni 1808 zu verstehen ist:

„§. 17. die persönlichen Frohnden bestimmen sich durch das Orts- oder Schutzbürgerrecht an einem Orte oder auf einer Hofstätte, welcher eine solche Herrenbottmäßigkeit von Alters her aufliegt. Sie haben mit der Leibeigenschaft nichts gemein, sondern bestehen ohne sie oder nach ihrer Aufhebung zu Gunsten der vorhin berechtigten Frohndherrn fort. — Neue Herrenfrohnden können durch keinen Vertrag entstehen."

Hieraus ergibt sich, daß bei persönlichen Frohnden die rechtmäßige Uebung nur da besteht, wo ein Besitz seit unvordenklichen Zeiten vorhanden ist.

Nach Maaßgabe dieser gesetzlichen Bestimmungen würde derjenige, welcher eine Frohndberechtigung in Anspruch nehmen wollte, solche zu begründen gehabt haben.

Da nun die Gewährleistung oder die Entschädigung für ein entzogenes Recht nur dann eintreten könnte, wenn das Recht selbst auf gesetzlich gültige Weise bestanden hätte, so hätte die Gräfl. Standesherrschaft in ihrer vorliegenden Klage ihrem Begehren um Gewährleistung für die entzogene Berechtigung die vollständige Begründung der Letztern selbst zu Grunde legen müssen.

Sie hat indessen nur angeführt:

„die Frohnden, welche Churmainz und als dessen Rechtsfolger die Gräfl. Standesherrschaft von jeher auszuüben hatten, und ihr jährlicher Ertrag sind durch die Ablösungsverträge und Staatsgenehmigung, sowohl von Seite der Frohndpflichtigen, als des Staats anerkannt."

Daß hier die Behauptung, die Gräfl. Standesherrschaft habe von jeher die Frohnden auszuüben gehabt, was nichts anders heißt, als es habe der Gräfl. Standesherrschaft von jeher das Recht zum Bezug von Frohnden zugestanden, zur Klagbegründung nicht ausreicht, geht aus dem zuvor Erörterten hervor. Was sodann die Unerheblichkeit des angeblichen Anerkenntnisses betrifft, so verweißt man auf die Entscheidungsgründe zum Beschlusse vom Heutigen, die Forderung wegen Aufhebung des Blutzehntens betr.

C. Die drei übrigen Klagen wurden Namens sämmtlicher Mitglieder der vormals reichsunmittelbaren Ritterschaft der schon oben genannten drei Cantone erhoben. —

In der einen Klage, welche die Entschädigung für die aufgehobenen Frohnden zum Gegenstand hat, wird das Begehren einer vollen Entschädigung für die fragliche Berechtigung auf L.R.S. 545 und Art. 14 der Verfassungsurkunde, sodann auf eine im §. 25 der landesherrlichen Declaration vom 22. April 1824 enthaltene vertragsmäßige Zusage gegründet. — Es wird ferner erörtert, daß eine gemeinschaftliche Rechtsverfolgung der Kläger nach §. 93 und 250 der P.O. zulässig sei, und die Klage gegen die Staatscasse gerichtet werden müsse, weil die Declaration die Entschädigung aus der Staatscasse zusichere, der Bundesbeschluß vom 24. Juni 1836 sich definitiv darüber ausspreche, daß die Staatscasse volle Entschädigung zu leisten habe, und jedenfalls der Staat im allgemeinen Interesse die Frohnden aufgehoben, daher auch er für die Entschädigung zu haften habe. —

Sodann wurde behauptet, daß das Gesetz von 1831 keine volle Entschädigung gewähre, weil, wenn man auch die vorliegenden Bestimmungen desselben in den §§. 17 und 18 über Taxation des mittlern Werths der Frohnden unangefochten lassen wolle, jedenfalls der im Gesetze zugesagte 18fache und 12fache Betrag jenes mittlern Werths kein Capital gebe, welches die gleichen Früchte, wie die Berechtigung trage.

Nächstdem wird darzuthun versucht, daß die volle Entschädigung im 25fachen Betrage des mittlern Werths der Frohnden und Frohndsurrogate bestehe. — In Bezug auf die hier zu lösende richterliche Aufgabe wird noch namentlich bemerkt: nachdem durch den Bundesbeschluß vom 24. Juni 1836 das Gesetz über die Aufhebung der Herrenfrohnden, in soweit es die Entschädigung der Kläger betreffe und „insoweit sich diese dadurch beschwert erachten" außer Kraft gesetzt und die Kläger vom Bundestage („in Anerkennung der ihnen gebührenden vollen Entschädigung aus der Staatscasse" zum Austrag ihrer desfallsigen Ansprüche vor die Landes-

Digitized by Google

gerichte gewiesen worden seien, hätten diese auszusprechen, welche Entschädigung den Klägern zu Genügeleistung der Deklaration von 1824 gebühre. Die Entscheidung wäre aus denjenigen Rechtsnormen zu schöpfen, welche für die Entschädigung im Allgemeinen, namentlich aber für die Ablösung derartiger Berechtigungen sowohl durch die Natur der Sache begründet, als auch im Landrechte ausgesprochen seien. Insbesondere sei zu untersuchen, ob der 12 und resp. 18fache Betrag des mittlern Werths eine volle Entschädigung enthalte. Das hierüber zu fällende Urtheil trete an die Stelle der angefochtenen Bestimmung des Gesetzes vom 28. December 1831 und bilde die Norm für die Capitalisirung des mittlern Ertrags in jedem einzelnen Falle. —

Die Bitte geht dahin: die Kläger für berechtigt zu erklären, den 25fachen Betrag des mittlern Werths aller aufgehobenen Herrenfrohnden als volle Entschädigung, salva liquidatione mit jedem Einzelnen, zu begehren und die Staatscasse für schuldig zu erkennen, für die persönlichen Frohnden und deren Surrogate außer dem 12fachen, noch einen weitern 13fachen, für die walzenden Frohnden und deren Surrogate, außer dem 18fachen, noch einen weitern 7fachen Betrag des nach dem Gesetze von 1831 erhobenen mittlern Werths, nebst 4 pCt. Zins vom 1. Januar 1832 an, als Entschädigung zu bezahlen. —

Auf diese Klage verfügte das Hofgericht am 3. Sept. 1838:

In Erwägung, 1) daß die Obliegenheit des Richters nicht darin besteht, allgemeine Rechtsfragen zu entscheiden und dann deren Anwendung auf spezielle Fälle vorzubehalten, er vielmehr nur befugt ist, in einzelnen Streitsachen die von ihm als richtig anerkannten Rechtsgrundsätze auf den concreten Fall selbst anzuwenden;

2) daß dieser Aufgabe gemäß im vorliegenden Falle, in welchem darüber entschieden werden soll:

„ob den Klägern für die durch das Gesetz vom 28. Dez. 1831 aufgehobenen Herrenfrohnden nach Maaßgabe der landesherrlichen Deklaration vom 22. April 1824 und der ältern Gesetze eine größere Entschädigung gebühre, als ihnen das Gesetz von 1831 zusichert ꝛc.,"

die richterliche Thätigkeit auf Erörterung und Entscheidung derjenigen Voraussetzungen sich erstrecken müßte, welche einen Entschädigungsanspruch überhaupt und in dem angesprochenen Umfang bedingen; wohin die Ermittelung der Frage gehört, welche einzelne Frohndberechtigungen vor dem Gesetze von 1831 rechtlich als existirend und den Klägern zuständig anzusehen waren und welchen Verlust die Kläger durch deren Aufhebung erlitten haben;

3) daß der Richter, welcher hier jede einzelne Frohndberechtigung besonders zu würdigen hätte, demnach nur dann in den Stand gesetzt ist, zu beurtheilen, ob den Klägern Entschädigung überhaupt und Folgeweise eine größere, als die ihnen zugedachte gebühre, wenn jeder Einzelne derselben seine Berechtigungen, für deren Verlust er Ersatz begehrt, so wie den Betrag seines Schadens, welcher vergütet werden soll, nach den allgemeinen Erfordernissen einer Klage vorträgt und begründet; und dem zu Folge seine Entschädigungsberechnung aufstellt, auch die Summe namhaft macht, welche er noch zuerkannt haben will;

4) daß aber die vorliegende Klage sich nicht über diese speziellen Punkte verbreitet, daher als unvollständig erachtet und den Bestimmungen des §. 359 der P.O. gemäß behandelt werden muß,

aus diesen Gründen wird verfügt:

die Klage findet angebrachter Maaßen nicht Statt. —

Dieser Beschluß wurde später von den Klägern durch das Rechtsmittel der Beschwerdeführung angefochten und das Großh. Oberhofgericht erkannte nach Verhandlung in der geheimen Sitzung des ersten Senats am 23. Juli 1839:

„daß, unter Verfällung der großh. Staatscasse in die durch die kläger'sche Beschwerdeführung erwachsenen Kosten*), das hofgerichtliche Erkenntniß aufzuheben, die Klage für zulässig zu erklären und das Hofgericht anzuweisen sei, auf die Klage Ladung zu erkennen."

Nachdem in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen zuerst jene des Hofgerichts angeführt worden waren, wird zu deren Widerlegung folgendes bemerkt:

zu 1) Richtig ist, daß nach dem Inhalte der Klage darüber erkannt werden soll, ob die Kläger in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des vormals unmittelbaren Reichsadels auf den Grund der betreffenden Declaration und resp. der derselben vorausgegangenen Verträge volle Entschädigung für alle nutzbaren Rechte, die ihnen in der Folge entzogen worden, also auch für die Herrenfrohnden anzusprechen haben und worin die volle Entschädigung für ein aufgehobenes Frohndrecht bestehen, und namentlich ob in einem 25fachen Betrage des mittlern Werthes eines Frohndrechts, wie die Kläger verlangen, oder in einem 18 und resp. 12fachen, wie ihn §. 2. des Gesetzes über die Aufhebung der Herrenfrohnden festsetzt; — so soll doch nicht allein über diese Rechtsfrage, sondern auch sogleich darüber entschieden werden, daß der großh. Fiskus mehr, als er zahlen will, nämlich den 25fachen Betrag des mittlern Werths der aufgehobenen Herrenfrohnden an die Kläger bezahlen soll. So wie der §. 2 des Frohndablösungsgesetzes den Maßstab festsetzt, nach welchem die Größe des Ablösungscapitals als Entschädigung für die aufgehobenen Herrenfrohnden, allen Frohndberechtigten gegenüber bestimmt werden soll, so soll jetzt der Richter durch Urtheil den Maßstab dieser Entschädigung den Klägern, als Mitglieder der vormals reichsunmittelbaren Reichsritterschaft, gegenüber auf den 25fachen Betrag des mittlern Werths der Frohnden nicht nur festsetzen, sondern zugleich auch aussprechen, daß der großh. Fiskus schuldig sei, dasjenige, was den Klägern an diesem Betrage noch fehlt, nämlich von den persönlichen Frohnden noch einen weitern 13fachen und von den walzenden Frohnden noch einen weitern 7fachen Betrag des nach dem Gesetze vom 28. Dezember 1831 erhobenen mittlern Weeths der betreffenden Frohnden nebst 4 pCt. Zinsen vom 1. Januar 1832 an dieselben zu bezahlen. Hieraus ergibt sich, daß nicht

*) Anm. d. E. Wenn der großherzogliche Fiskus nicht über die Beschwerdeführung vernommen worden ist und nicht die hofgerichtliche Verfügung vertheidigt hat, so möchte sich seine Verurtheilung in die Kosten der Beschwerdeführung schwer rechtfertigen lassen, da ja in dem vorausgesetzten Fall keine That des Fiskus vorläge, wodurch den Klägern ein, als widerrechtlich zu erachtender Schaden zugefügt worden wäre. Vergl. §. 168 der Prozeßordnung.

Digitized by Google

allein über eine allgemeine Rechtsfrage, sondern auch darüber erkannt werden soll, was in Gefolge deren Entscheidung der großh. Fiscus an die Kläger zu bezahlen habe *).

*) Anm. d. E. Es wird in diesen oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen sonach unterstellt, daß zu Erledigung der Frage, ob die Kläger volle Entschädigung erhalten hätten, oder nicht, nur geprüft werden müsse, mit welcher Zahl die Einheit des nach Maßgabe des Gesetzes von 1831 festgestellten mittlern Werths jeder einzelnen Frohndberechtigung zu multipliciren sei und finde sich, daß der im Artikel 2 des Gesetzes bestimmte Multiplikator nicht der richtige wäre, so könne sogleich der Fiskus verurtheilt werden, die Entschädigung nach dem richterlich zu verbessernden Multiplikator zubezahlen.

Diese Annahme scheint jedoch unrichtig zu seyn.

Der Zweck des vom Bundestag gefaßten Beschlusses ist nämlich zuverläßig kein andrer, als den Klägern diejenige Entschädigung zu sichern, welche sie der Deklaration zu Folge würden anzusprechen haben. Dieses giebt auch die auf Veranlassung des Bundestags von der Staatsregierung an die Gerichte ergangene Verfügung zu erkennen, indem darin gesagt ist, daß die Entschädigungsfrage ohne Rücksicht auf das Gesetz von 1831, blos auf den Grund der Deklaration gewürdigt werden soll. —

Wenn der Bundestag zugleich anerkannte, daß den Klägern in Folge der Deklaration volle Entschädigung für ihre aufgehobene Berechtigung gebühre, so ließ er doch die Fragen unberührt, in wie weit bei jedem einzelnen der Kläger die Bedingung einer Entschädigungsforderung überhaupt — die Berechtigung zum Frohndbezuge selbst — vorhanden und nach welchen Regeln die volle Entschädigung in concreto zu ermitteln sei. Er will nur, daß da, wo Grund zu einer Entschädigung eintritt, diese vollständig und zwar so geleistet werde, wie sie der Berechtigte zu Folge der Deklaration anzusprechen hätte, — das Gesetz von 1831 soll weder zu ihrem Nachtheile noch zu ihrem Vortheile in die Waagschale der Gerechtigkeit gelegt werden dürfen. Hiernach ist die Sache gerade so zu behandeln, als wenn durch das Gesetz nur die Aufhebung der Frohnden im Allgemeinen ausgesprochen wäre und die aus der Aufhebung dieser Berechtigung abgeleiteten Entschädigungsforderungen nach Maßgabe der bestehenden Verträge und ältern Gesetze erledigt werden sollen. —

Hat sich nun der Richter über jene Forderungen ohne Rücksicht auf das Gesetz von 1831 auszusprechen, so versteht es sich von selbst, daß er nicht blos von Anwendung einzelner Paragraphen dieses Gesetzes abstrahiren muß, daß er vielmehr keine Bestimmung des Gesetzes als für ihn vorhanden ansehen darf, da dies in der Natur der Sache beruht, sowie es auch in dem vom Staatsministerium eröffneten Bundesbeschlusse selbst ausgesprochen wurde. Das Gesetz bildet nämlich hinsichtlich aller seiner Bestimmungen über die Festsetzung des Entschädigungsmaßes ein zusammenhängendes Ganzes. Es wäre nun möglich, was hier jedoch nicht untersucht werden kann, daß die Anwendung sämmtlicher, in einander greifender Bestimmungen des Gesetzes (Art. 2. 13. 19 ꝛc.) im einzelnen Entschädigungsfalle gerade ein solches Capital herbeiführen würde, welches dem nach der Deklaration zu ermittelnden Entschädigungs-Betrage gleich käme; während einzelne Bestimmungen des Gesetzes, wenn man sie außer dem Zusammenhange mit den übrigen Regeln, theoretisch betrachtet, wohl als verletzend erscheinen könnten. Es muß deßhalb das Gesetz als Ganzes stehen oder fallen; es dürfen nicht einzelne Sätze desselben aus dem Zusammenhange gerissen, und es darf nicht darüber allein erkannt werden, ob diese oder jene einzelne Vorschrift, für sich betrachtet, zu einem Resultate führe, das eine Verletzung der Deklaration darstellen würde. —

Die Frage nun, ob ein solcher einzelner, aus dem Zusammenhange herausgerissener Satz des Gesetzes (wie nach vorliegender Klage der Artikel 2) bei Vergleichung desselben mit der ältern Gesetzgebung, für die auf die Deklaration sich stützenden Kläger, als Frohndberechtigte verletzend und ihm deshalb ein anderer Satz zu substituiren sei, ist gewiß nichts anderes, als die Vorlage einer einzelnen allgemeinen Rechtsfrage; und zwar noch überdieß einer solchen, durch deren Lösung allein, die Hauptfrage, ob den Klägern auf den Grund der angerufenen Deklaration eine größere Entschädigung gebühre, als ihnen nach dem Gesetze von 1831 zu Theil geworden wäre, nicht erschöpft werden kann.

Soll nämlich der Richter nur die Deklaration von 1824 zur Richtschnur seiner Entscheidung nehmen, so muß er ermitteln, welche Entschädigung den Klägern nach jener gebühre, bevor

Daß, für den Fall die Kläger obsiegen, die Entscheidung für alle Klägee rücksichtlich aller Frohndberechtigungen die durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831 aufgehoben wurden, gleich und ganz allgemein seyn kann und wird, liegt in der Eigenthümlichkeit der vorliegenden Klage und der begründeten Streitgenossenschaft und begründet so wenig eine Unvollständigkeit der Klage, als der Umstand, daß nach erfolgtee günstiger Entscheidung für die Kläger noch mit einem jeden speziell liquidirt werden muß, ehe die Zahlung erfolgen kann, da es einee jeden beschädigten Parthie freisteht, zunächst ein Erkenntniß von dem Richter über die Verbindlichkeit der beschädigten Parthei zur Entschädigung im Allgemeinen zu verlangen, wo ein Schaden vorhanden ist, die Ausmittelung der Größe des Schadens aber einem besondern Liquidationsverfahren vorzubehalten, wie es dee §. 673 Abs. 6 der Pr. O. vorsehnet ††), die vorliegende Klage aber darin noch weiter geht, daß sie nicht nur volle Entschädigung für die entzogenen Heerenfrohnden, sondern zugleich auch als Maß dee Entschädigung den 25fachen Betrag des mittlern Werths derselben verlangen, so daß für den Fall, daß die Kläger obsiegen, nur die Anwendung des richterlich bestimmten Maßes der Entschädigung auf den richtig gestellten Werth †††) der einzelnen

er eine Vergleichung zwischen dem dadurch in Gewißheit gesetzten Betrage der vollen Entschädigung und denjenigen Summen bewirken kann, welche den Klägern nach dem Gesetze von 1831 zukämen, und bevor er als Resultat dieser Vergleichung auszusprechen vermag, ob den Klägern mehr gebühre, als sie erhalten haben.

Will er nun das Maß der Entschädigung nach der Deklaration festsetzen, so muß er, da das Entschädigungskapital immer nur in der Vervielfältigung des reinen Ertrags der Berechtigung bestehen würde, nicht blos, wie die Kläger begehren, einen Multiplikator für den Rein-Ertrag bestimmen, sondern er muß den Letztern selbst erst ermittelt haben, bevor er ihn kapitalisiren kann. Da aus den oben angeführten Gründen die Bestimmungen des Gesetzes von 1831 über die Feststellung des einfachen Frohndbetrags ebenso wenig, als der Multiplikator selbst zur Richtschnur genommen werden dürfen, so ist es zur erschöpfenden Erledigung des Rechtsstreits unumgänglich nöthig, daß die Klägee die Thatsachen angeben, welche den Richter in den Stand setzen, diejenige Zahl bestimmen zu können, welche als wahrer Ertrag der Berechtigung, zur Kapitalisirung sich eignet. Ehe diese Zahl gefunden ist, bedarf es eines Multiplikators nicht, es liegt daher kein Grund für den Richter vor sich auszusprechen, ob jene Zahl dereinst mit 25, 20, 18 oder 12 kapitalisirt werden soll. —

††) Anmerkung d. Eins. Diese Bestimmung der P. O. möchte hier wohl nicht anwendbar seyn. Denn die Frage, ob für aufgehobene Frohnden Entschädigung geleistet werden soll, ist längst durch das Gesetz bejaht. Die Kläger beschweren sich in der Klage auch nicht darüber, daß ihnen eine Entschädigung für die Frohnden überhaupt versagt worden sei, sie behaupten nur, daß ihnen zu Folge der Deklaration eine größere Entschädigung gebühre, als ihnen das Gesetz von 1831 zuerkannt. Es wäre also nur von einer relativen Beschädigung die Rede. Um aber zu ermitteln, ob eine solche Beschädigung vorhanden sei, muß man das Maß des ganzen Schadens kennen, um dasselbe mit der bereits geleisteten Entschädigung vergleichen zu können, indem sich sonst ein Verhältniß der noch bleibenden Beschädigung zur Vergüteten nicht bestimmen läßt. Hier greift also das Detail der zu bestimmenden Entschädigung mit der Frage über die Entschädigungspflicht so in einander, daß die Entscheidung der Letztern, von der Festsetzung der Erstern sich nicht trennen läßt. Es sei denn, daß man etwa aussprechen wollte, dee Beklagte sei schuldig den Klägern Salva liquidatione soviel zu ersetzen, als sie nach dem Gesetze von 1831 weniger erhalten hätten, als ihnen nach dee Deklaration gebührte. Damit wäre aber im Grunde gar nichts entschieden und eine solche Entscheidung begehren auch die Kläger nicht.

†††) Anm. d. Eins. In der Klage sind keine Thatsachen angegeben wonach der Richtee den mittlern Werth bestimmen kann, die Kläge

Digitized by Google

Frohndleistung übrig bleibt, im Falle sie aber unterliegen, alles weitere Verfahren von selbst hinwegfällt.

Zu 2) Nicht das ganze Gesetz über die Ablösung der Herrenfrohnden vom 28. Dezb. 1831 wird von den Klägern angefochten, sondern nur der §. 2 desselben und nur in so weit, als er das Ablösungskapital als Entschädigung für die aufgehobenen Frohnden auf den 18. und resp. 12fachen Betrag des mittlern Werths derselben festsetzt, während die Rechtsverbindlichkeit aller übrigen Bestimmungen des Gesetzes, so weit sie sich auf den Abzug der Gegenleistungen, den Umfang der Entschädigungs-Ansprüche der Berechtigten, den Anschlag der Frohnden, Frohndsurrogate und Gegenleistungen und das Verfahren zur Festsetzung des Ablösungskapitals beziehen, ausdrücklich anerkannt wurden. Die Kläger begehren nur eine größere Entschädigung, als ihnen §. 2 des Ablösungs-Gesetzes bewilligt, ihre Beschwerde bei der Bundesversammlung, so weit sie die Frohnden betrifft, bezieht sich nur auf das Maß dieser Entschädigung. Die Bundes-Versammlung hat in ihrem Beschlusse vom 19. Juni 1836 die Kläger mit diesem Anspruche an die Landesgerichte gewiesen und die großh. Regierung aufgefordert, den Klägern, in Uebereinstimmung mit ihrer bei der Bundes-Versammlung abgegebenen Erklärung den Rechtsweg zu öffnen und das großh. Justizministerium hat in Folge Erlasses aus dem großh. Staatsministerium die Gerichtshöfe beauftragt, auf die von den Reklamanten zu erhebende Klage über die Frage, ob denselben in Folge des §. 25 der Deklaration eine größere Entschädigung aus der Staatskasse gebühre, als in dem Gesetze von 1831 zugesichert ist, ohne Rücksicht auf Letzteres, blos auf den Grund der obigen Deklaration rechtliches Erkenntniß zu fällen. Es soll daher nach dem Verlangen der Kläger und der Weisung der höchsten Staatsbehörde nur über das Maß der Entschädigung der Kläger, abgesehen von den desfallsigen Bestimmungen des Frohndablösungsgesetzes, im Allgemeinen und nicht über die Entschädigung eines jeden Einzelnen wegen eines jeden einzelnen Frohndrechts speziell entschieden werden, und auch alle übrigen Bestimmungen des Frohndablösungsgesetzes bei Kraft bleiben. *)

Nach §. 16 des Frohndablösungsgesetzes bleibt die Ausmittelung des Ablösungskapitals so lange beruhen, bis alle Streitigkeiten über die Frohndberechtigung selbst, das Maß derselben, der Gegenleistungen ꝛc. gütlich oder auf dem Rechtsweg ausgeglichen sind, und es kann daher auch erst alsdann zur Ablösung des Frohndrechts und Anwendung des Ablösungs-Maßstabes kommen, wann das einzelne Frohndrecht in allen Beziehungen vollkommen richtig gestellt ist. Die Anführung der speziellen Berechtigungen der einzelnen Kläger, der Betrag des Schadens und eine Aufstellung der Entschädigungsberechnung gehören daher nicht zur Rechtsbeständigkeit der vorliegenden Klage, bei welcher nur darüber zu entscheiden ist, nach welch' allgemeinem Maßstabe bei vollkommen richtig gestellter Frohndberechtigung das Ablösungskapital als Entschädigung für den durch das Ablösungsgesetz erlittenen Verlust der Herrenfrohnden bestimmt werden soll, **) und insbesondere darüber, ob die Kläger auf den Grund der in der Klage vorgetragenen Thatsachen, namentlich des §. 25 der Deklaration und der angerufenen Gesetzesstellen den 25fachen Betrag des mittlern Werths der Berechtigung anzusprechen haben. Hier genügt es an der Behauptung, daß sämmtliche Kläger Mitglieder des vormals unmittelbaren Reichsadels und frohndberechtigt waren, und diese Behauptung ist nach Inhalt der Klage und mit Rücksicht auf Anlage IV. derselben genügend aufgestellt worden. Ja es ergibt sich noch aus dem Klagpetitum, daß die Frohndberechtigungen der einzelnen Kläger in jeder Beziehung richtig gestellt, ja bereits in so weit abgelöst sind, als das Frohndablösungskapital eine Entschädigung bewilligt. —

Da die angestellte Klage hiernach, so wie in ihren übrigen Beziehungen den gesetzlichen Erfordernissen der §§. 247. 350. 1096 und 1105 der P. O. vollkommen entspricht, so mußte ꝛc. ꝛc.

D. Die zwei weitern Klagen, den Blut- und Neubruchzehnten betreffend, waren auf ähnliche Weise, wie die vorerwähnte Klage, erhoben und vom Hofgerichte verbeschieden worden. Für den gegenwärtigen Aufsatz ist es zwecklos das Nähere darüber anzuführen. Kirn.

---

wollen ihn zwar so annehmen, wie er zu Folge des Gesetzes von 1831 ermittelt wurde und das großh. Oberhofgericht scheint dieses auch zu billigen. Daß dieses aber nicht wohl thunlich ist, hat man oben zu zeigen versucht. In dem Mangel des Vortrags der auf jenen Punkt bezüglichen Thatsachen beruht daher eine sehr wesentliche Unvollständigkeit der Klage. Was könnte der Richter nun thun, wenn er z. B. die Zahl 25 (mit den Klägern) als den richtigen Multiplicator ansehen, dieses durch Urtheil aussprechen, alles Uebrige aber der Liquidation mit den einzelnen Klägern vorbehalten wollte? Soll er in seinem Urtheil, das sich auch auf die Entschädigungsschuldigkeit des Fiscus ausdehnen muß, bestimmen: „daß in der Liquidation mit jedem einzelnen Kläger der mittlere Werth jeder Frohnd so auszumitteln sei, wie die P. O. für die Werthbestimmung eines Gegenstands vorschreibt, und dann, wenn sich nach Multiplication des mittlern Werths der einzelnen Frohnd durch die Zahl 25, auch nach darauf erfolgter Vergleichung des Products mit der, zu Folge des Gesetzes von 1831 festgesetzten Entschädigungssumme, ergäbe, daß dem Frohndberechtigten weniger vergütet worden sei, als das Product der Multiplication besage, die Differenz sammt Zins vom großh. Fiscus nachträglich vergütet werden müsse?"

Ein solches Monstrum von einem Urtheile wird vielleicht noch nie geboren worden seyn. —

*) Anm. d. Eins. Indem man sich auf die verschiedenen früheren Noten bezieht, fügt man noch weniges hier bei. — Die Folgerungen, welche in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen aus dem vorher allegirten Inhalte der Staatsministerial-Entschließung gezogen werden, scheinen nicht consequent zu seyn. Denn, wenn die gedachte Verfügung besagt, daß man ohne Rücksicht auf das Gesetz von 1831 erkennen soll, so heißt dieses wohl nichts Anders, als daß man ohne Rücksicht auf irgend einen Paragraphen des Gesetzes erkennen soll, da jeder einzelne Paragraph ein Theil des nicht zu berücksichtigenden Gesetzes ist. Daß ferner die Entscheidung so allgemein ertheilt werden soll, wie das Großh. Oberhofgericht annimmt, ist weder in jener Verfügung bestimmt gesagt, noch daraus, da sie zuverlässig strictissimo (nämlich mit möglichster Beseitung des Anstoßes gegen sonstige gesetzliche Bestimmungen) auszulegen ist, zu folgern. Wenn sie nämlich sagt, daß auf Klage der Reclamanten von den Gerichten ein rechtliches Erkenntniß ertheilt werden soll, so setzt dieses nicht voraus, daß nur eine Klage erhoben zu werden brauche und diese nur die betreffende Frage in ihrer Allgemeinheit vorzulegen habe. Der Sinn jener Stelle dürfte nur der sein, daß die Gerichte über Klagen, welche in gesetzlicher Form angestellt sind, nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu verhandeln und entscheiden hätten. In so weit hätte sich die Sache, auch ohne daß eine Staatsministerial-Entschließung ergangen wäre, von selbst verstanden. Es sollte aber bestimmt werden, daß das Gesetz von 1831 auf die Verhältnisse der Kläger nicht in Anwendung gebracht werden dürfe. Darum wurde jene Verfügung erlassen und nur in soweit wollte sie etwas Selbständiges festsetzen; namentlich, da in Bezug auf jenes Gesetz, welches die Entscheidung über den Ablösungsbetrag vor die Verwaltungsstellen verweist, Zweifel über die richterliche Kompetenz hätten eintreten können. — Siehe auch die Note zu der gräflich Leiningen'schen Klage.

**) Anm. Siehe oben die leiningenschen Prozesse.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 5. Oktober 1839.

I.

Inwieweit kann der Staatsanwalt gegen Verfügungen der Gerichtshöfe, worin die Freilassung eines Verhafteten angeordnet oder die erbetene Wiederverhaftung eines früher freigelassenen Angeschuldigten abgeschlagen wird, an das Oberhofgericht rekurriren? Kann er überhaupt den Rekurs an das Oberhofgericht wegen einfachen prozeßleitenden Verfügungen der Hofgerichte ergreifen.

In kurzer Zeit kamen bei dem Hofgericht in Rastatt dreierlei verschiedene Fälle vor, wo der Staatsanwalt den Rekurs an das Oberhofgericht wegen einfachen, den Verhaft der Angeschuldigten betreffenden Verfügungen ergriff.

Im ersten Falle legte der Untersuchungsrichter die geschlossenen Akten über einen im Verhaft befindlichen Angeklagten vor. Das Hofgericht ordnete die Freilassung gegen Caution an, und dagegen rekurrirte der Staatsanwalt. Der Rekurs ward aber nicht ausgeführt, weil wegen neuen Thatsachen die Untersuchung noch fortgesetzt wurde, und das Hofgericht auf die davon erhaltene Anzeige die Verfügung wegen der Freigebung zurücknahm.

Im zweiten Falle hatte das Hofgericht nach Einkommen der Untersuchungsakten den wegen Todschlags Angeschuldigten freigelassen, und denselben späterhin des Todschlags für klagfrei erkläet. Dagegen ergriff der Staatsanwalt den Rekurs, und bat bei dem Hofgericht zugleich um Wiederverhaftung des Angeschuldigten. Das Hofgericht schlug dieses ab, der Staatsanwalt rekurrirte dagegen an das Oberhofgericht, was aber aus materiellen Gründen der Bitte des Staatsanwalts nicht deferirte.

Im dritten Falle wurden zwei, der Tödtung mit Beraubung Angeschuldigte, zwar für klagfrei erklärt, jedoch auf den Grund des §. 10 des St.-Ed zu einer Verhaftung im Arbeitshaus verurtheilt. Später stellte sich durch wiederholte Gutachten der obersten Gerichtsärzte heraus, daß der objektive Thatbestand des Todschlags fehlte, den man früher angenommen hatte. Die Verhafteten ergriffen hierauf das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und baten um Freilassung, welche auch vom Hofgericht angeordnet wurde. Dagegen ergeiff der Staatsanwalt den Rekurs, und die Entscheidung desselben steht noch aus.

Was nun den ersten Fall betrifft, so wird es sich ganz unzweifelhaft beweisen lassen, daß darin ein Rekues des Staatsanwalts gegen die Freilassung des Angeschuldigten schlechthin unzulässig ist.

Der §. 13 des Gesetzes vom 3. August 1837 schreibt vor, daß das Hofgericht sogleich nach Einkunft der geschlossenen Akten übee die Fortdauer der Haft *entscheiden* muß. Entscheidet es für die Freilassung, *so tritt dieselbe sogleich ein*. Wenn nun das Gesetz einen Rekurs des Staatsanwalts gegen die Freilassung eines Verhafteten hätte zulassen wollen, so müßte derselbe nach den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes über den Rekurs gerichtet werden. Nun hat aber der Rekurs des Staatsanwalts auch aufschiebende Kraft, und die Frist des §. 7, so daß also der Angeschuldigte und vom Hofgericht seiner Haft Entlassene, möglicherweise noch 4 Wochen überall sitzen bleiben müßte, weil der Staatsanwalt 4 Wochen lang den Rekurs anzeigen und ausführen kann. Dagegen und überhaupt gegen jede Aufschiebung der Freilassung des Verhafteten spricht sich aber der §. 13 damit ganz bestimmt aus, daß er sagt: *die Freilassung tritt sogleich ein*, und diese unbeschränkt alsbald eintretende Freilassung schließt daher jeden Rekurs des Staatsanwalts aus, weil man nicht annehmen kann, daß der Verhaftete freigelassen, gegen die Freilassung, welche jedenfalls geschehen muß, vom Staatsanwalt rekurrirt, und nun vom Oberhofgericht vor dem Enderkenntnisse die Verhaftung wieder angeordnet werden kann. Der Ausschluß des Rekurses gegen die Freilassnng folgt auch aus dem zweiten Satz des §. 13, wo dem Hofgericht die Befugniß ertheilt wird, auch die Freilassung des *Verurtheilten* anzuordnen, *jedoch nur unter Zustimmung des Staats-*

Digitized by Google

anwalts. Sowie nun das Gesetz hier der Zustimmung des Staatsanwalts erwähnt, also läßt es mit Gewißheit erkennen, daß es im ersten Falle des §. 13 bei der Freilassung des nur im Untersuchungsverhafteten der Zustimmung des Staatsanwalts nicht bedarf. Ist aber diese Zustimmung nicht erforderlich, so ist auch die Nichtzustimmung gleichgültig, und kann die sogleich geschehende Freilassung nicht aufschieben, und dann kann auch der Rekurs nicht ergriffen werden, denn es ist nichts anderes, als die für gleichgültig erklärte Nichtzustimmung.

Ebensowenig kann im zweiten Falle ein Rekurs des Staatsanwalts Statt finden.

Ist nämlich der Verhaftete vom Hofgericht auf den Grund des §. 13, Abs. 1 freigelassen worden, so konnte, wie wir gesehen haben, dagegen vom Staatsanwalt kein Rekurs ergriffen werden. Was sollte nun der Grund seyn, der ihn berechtigt, gegen die Fortdauer der Freilassung einen Rekurs zu ergreifen, wenn er es gegen den Anfang der Freilassung nicht kann? Ich wüßte keinen anzugeben, und der zweite Absatz des §. 13 spricht abermals gegen diesen Rekurs, denn wenn dem Hofgericht darin das Recht ertheilt ist, den in der Haft belassenen und verurtheilten Angeschuldigten jedoch nur mit Zustimmung des Staatsanwalts zu entlassen, so folgt daraus abermals mit Sicherheit, daß es zur Fortdauer der Freilassung nach dem sogar lossprechenden Erkenntniß der Zustimmung des Staatsanwalts nicht bedarf, und daß die Nichtzustimmung des Staatsanwalts ganz gleichgültig ist. Ist dieses aber der Fall, so kann sein Verlangen, den losgesprochenen Angeschuldigten wegen seines gegen dieses freisprechende Erkenntniß ergriffenen Rekurses, wieder zu verhaften, keine Berücksichtigung finden, und dann kann auch gegen die Nichtberücksichtigung von Seiten des Hofgerichts kein Rekurs an das Oberhofgericht eintreten, weil ein solcher Rekurs gegen die Freilassung nach §. 13, Abs. 1 überhaupt nicht Statt hat.

Allerdings können Umstände eintreten, welche das Hofgericht, und selbst den Untersuchungsrichter bestimmen können, den zufolge des §. 13, Abs. 1 freigegebenen Angeschuldigten wieder zu verhaften. Es können neue Beweise sich entdecken, welche die Ueberführung des früher nur schwach verdächtigten Angeschuldigten wahrscheinlich machen, es kann bekannt werden, daß der Angeschuldigte und Freigelassene seine Freilassung zur Flucht mißbrauchen will, und der Staatsanwalt kann diese ihm bekannt gewordenen Umstände benützen, um bei dem Hofgericht, und wenn dieses nicht darauf eingeht, bei dem Oberhofgericht, wohin er den Rekurs in der Hauptsache ergriffen hat, auf die Wiederverhaftung anzutragen. Allein einen Rekurs im Sinne des Gesetzes kann er deshalb nicht ergreifen, sowenig als er z. B. bei dem Untersuchungsrichter den Verhaft eines Angeschuldigten verlangen, und gegen die Abweisung seines Gesuchs den Rekurs an das Hofgericht ergreifen kann.

Aber auch im dritten Falle wird kein Rekurs des Staatsanwalts Statt finden.

Es ist zwar allerdings richtig, daß hier die Freigegebenen nicht im eigentlichen Untersuchungsverhaft sich befinden, sondern kraft Urtheils im Arbeitshaus saßen, also zur Strafe, und daß daher der §. 13 des Gesetzes vom 3. August 1837, streng genommen, darauf deshalb keine Anwendung findet, weil er sich nur auf den Untersuchungsverhaft bezieht. Allein man darf dabei nicht aus den Augen verlieren, daß hier die Angeschuldigten eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten begehrten, welches Rechtsmittel nach §. 2 des Gesetzes vom 3. Aug. 1837 zulässig ist, und daß sie die Reinheit des fehlenden objectiven Thatbestands der Tödtung schon bewiesen hätten. Bedenkt man nun, daß nach dem dritten Absatz des §. 13 auch in Rekursfällen das Hofgericht und das Oberhofgericht den von dem Richter I. Instanz verhängten und aufrechterhaltenen Verhaft aufheben, und die Freilassung sofort anordnen kann, ohne daß es dabei der Zustimmung des Staatsanwalts bedarf, und ohne daß er also dagegen einen Rekurs ergreifen kann, so folgt daraus, daß also auch in der Instanz der Rechtsmittel der Verhaft eines Angeschuldigten vor dem Enderkenntnisse von den Gerichten beendigt werden kann, ohne daß dagegen ein Rekurs des Staatsanwalts zulässig ist. Ist dieses aber der Fall, so darf man nicht aus den Augen verlieren, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten ebenfalls ein Rechtsmittel ist, und daß es, wenn schon ein außerordentliches doch insoweit nach Analogie der Vorschriften der ordentlichen Rechtsmitteln zu behandeln ist, als sich sein eigenes Wesen damit verträgt. Das Wesen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten verträgt sich aber, sowie diese Neuheiten erheblich oder erwiesen sind, umsomehr mit der alsbaldigen Freilassung des Verurtheilten, als es alsdann wahrscheinlich ist, daß die erkannte Strafe ungerecht war, so daß es also nicht wohl bezweifelt werden kann, daß es den Gerichten zustehen muß, den urtheilsmäßigen Verhaft bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten sobald zu beendigen, als sie die Ueberzeugung erhalten, daß die früher erkannte Strafe nicht zu recht bestehen kann. Sind aber die Vorschriften des Gesetzes über Entlassung aus dem Verhaft bei den ordentlichen Rechtsmitteln auch auf die außerordentlichen Rechtsmittel anwendbar, so kann auch bei den letztern kein Rekurs des Staatsanwalts zugelassen werden, denn aus dem Wesen der Letztern wird man die außerordentliche Zu-

Digitized by Google

lassung des Rekurses des Staatsanwalts nicht nachweisen können.

Es will mich überhaupt bedünken, daß es eine Ueberschreitung des Gesetzes ist, wenn man dem Staatsanwalt einen Rekurs gegen Anordnungen der Hofgerichte wegen Freilassung eines Verhafteten und gegen einfache Verfügungen im Laufe des Untersuchungsverfahrens ertheilen will.

Der §. 7 des Gesetzes vom 3. August 1837 beschränkt das Rekursrecht des Staatsanwalts auf die in Strafsachen ergangene hofgerichtliche Erkenntnisse. Es mag nun zwar richtig seyn, daß aus unserm so unvollständigen und höchst unsichern Strafverfahren nicht mit Gewißheit bewiesen werden kann, was ein Erkenntniß in Strafsachen ist. Allein so viel ist doch richtig, daß ein Unterschied zwischen Erkenntnissen und einfachen Verfügungen im Strafprozeß besteht, und daß alsdann gegen letztere ein Rekurs nicht Statt findet, weil sie keine Erkenntnisse sind. Wenn man auch das ganze Gesetz vom 13. August 1837 vergleicht, so wird man es nicht bezweifeln können, daß man unter Erkenntnissen in Strafsachen, welche einen Rekurs des Staatsanwalts zulassen, nichts anders verstehen kann, als Urtheile in Strafsachen, welche die Untersuchung beendigen und unter irgend einer Formel endlich erledigen. Dafür spricht der §. 7, der die Frist des Rekurses des Staatsanwalts vom Tag der Urtheilsfällung rechnet, dafür sprechen die §. 11 u. 13, welche von einer Verurtheilung reden, und dafür spricht die Natur der Sache, weil man gewiß nicht daran gedacht hat, gegen einfache Zwischenverfügungen, gegen prozeßleitende Dekrete dem Staatsanwalt überhaupt einen Rekurs zu gestatten, der 4 Wochen Frist hat, und ihm noch dazu einen Rekurs gegen hofgerichtliche Verfügungen der Strafprozeßleitung zu ertheilen, während er doch einen Rekurs gegen die prozeßleitenden Verfügungen des Untersuchungsrichters nicht hat und nicht haben kann, weil ihm die Untersuchung unbekannt ist. Uebrigens enthält das Gesetz vom 3. August 1837 ein Kennzeichen, aus welchem man mit Gewißheit entnehmen kann, ob der Gerichtshof selbst seine Verfügungen als ein Erkenntniß angesehen hat oder nicht, denn da der §. 1 vorschreibt, daß alle Erkenntnisse in Strafsachen mit Entscheidungsgründen versehen seyn sollen, so muß man annehmen, daß jene Verfügungen des Gerichts, welche keine Entscheidungsgründe enthalten, auch kein Erkenntniß sind. Nun enthalten aber die eine Freilassung des Angeschuldigten enthaltenden Verfügungen des §. 13 keine Entscheidungsgründe und können auch keine enthalten, weil sie offenbar dahin präjudiciell seyn müßten, daß man entweder auszuführen hätte, daß dem Verhafteten gar keine Strafe oder eine sehr geringe treffen kann, sie sind also keine Erkenntnisse und begründen sonach keinen Rekurs des Staatsanwalts. Ohnedieß steht dem Angeschuldigten und Verhafteten gegen die Verfügung, welche die Fortdauer seiner Haft anordnet, kein Rekurs zu, und dann wäre es als eine wahrlich beklagenswerthe Ungleichheit der Rechte, und als eine große Härte gegen den Angeschuldigten zu betrachten, wenn man dem Staatsanwalt einen Rekurs gegen die Freilassung mit Frist von 4 Wochen und mit aufschiebender Kraft zusprechen, und dem Verhafteten einen Rekurs gegen die Fortdauer seiner Haft verweigern wollte *).

Was endlich jedem Rekursrecht des Staatsanwalts gegen einfache Verfügungen des Untersuchungsrichters und des Hofgerichts den Stab bricht, ist der Umstand, daß der §. 2 des Ges. v. 3 Aug. 1837 ausdrücklich der Beschwerdeführung gegen einzelne Handlungen in Verfügungen des Untersuchungsrichters erwähnt, und also sowohl das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen das Rechtsmittel des Rekurses, als einfache Verfügungen gegen Erkenntnisse unterscheidet. Und wenn nun nur dem Angeschuldigten das Rechtsbehelf der Beschwerdeführung gegen einfache Verfügungen des Untersuchungsrichters eingeräumt ist, dem Staatsanwalt aber nur das Rekursrecht im §. 7 gegen hofgerichtliche Erkenntnisse, so folgt daraus auf das Gewisseste, daß er weder eine Beschwerdeführung noch einen Rekurs gegen eine prozeßleitende Verfügung des Hofgerichts ergreifen kann, sondern das Erkenntniß des Hofgerichts abzuwarten hat.

Zwar werden hierwegen Manche glauben, was wunder für ein Unglück dem Staat daraus entstehen könne. Allein dies kommt dann nur davon her, daß Manche der Meinung sind, daß die Gerichte nicht allein gehen dürften, sondern immer des Gängelbands der Verwaltung bedürften, und daß Andere die Gerichte nicht als vollkommene Theile der Staatsgewalt betrachten, welche innerhalb ihrer Kompetenz unabhängig bleiben könnten, sondern sie als eine Art Dritte ansehen, denen in allen ihren Schritten, wenn sie auch noch so unbedeutend sind, die Einwirkung und die Aufsicht

*) So einleuchtend die Unstatthaftigkeit eines Rekurses des Staatsanwalts in den beiden ersten Fällen ist, wo es sich um Aufhebung oder Wiederverhängung des Untersuchungsverhafts handelte, so zweifelhaft ist die Frage in Bezug auf den dritten Fall, wo es sich weder um Verhängung noch um die Fortdauer des Untersuchsverhafts, sondern um die einstweilige Wiederaufhebung des Strafvollzugs handelte.

Hier konnte natürlich der §. 13 des Rekursgesetzes keine Anwendung finden, und ebensowenig konnte man sagen, daß es sich nur um eine, die neue Untersuchung leitende Verfügung handle. Eher könnte man, wenn auch der §. 13 keine singuläre Bestimmung enthielte, die Erkennung oder Aufhebung des Untersuchungsarrests schon im Allgemeinen nur als eine prozeßleitende (und deshalb keinem Rekurs unterworfene) Verfügung betrachten, da der Untersuchungsverhaft überhaupt nur den Gang und den Erfolg der Untersuchung zu sichern bezweckt; der Vollzug der bereits erkannten Strafe, oder die einstweilige Wiederaufhebung derselben kann aber nie zum Zwecke der neuen Untersuchung geschehen, ist daher auch nicht wohl als eine bloß prozeßleitende Verfügung zu betrachten. Durch den Ausspruch, welcher den längst begonnenen Strafvollzug wieder suspendirte, wurde der Staatsgesellschaft das ihr früher rechtskräftig zuerkannte Recht der Genugthuung, wenn auch nur vorläufig wieder entzogen, ein solcher Ausspruch dürfte daher wohl als ein nicht bloß die Untersuchung leitende Verfügung, sondern als ein Erkenntniß zu betrachten seyn, gegen welches dem Staatsanwalt das Recht des Rekurses zukommt, da der §. 7 zwischen den verschiedenen Arten von Erkenntnissen keinen Unterschied macht. D. Red.

Digitized by Google

einer Staatsbehörde nothwendig ist, welche mehr mit der Staatsverwaltung zusammenhängend gelenksamer ist, und nicht allein nach Grundsätzen der Gerechtigkeit, sondern auch der Nützlichkeit verfährt. Sander.

II.

Ueber den Begriff einer beweglichen Sache als Gegenstand des Diebstahls.

Wendelin O., wegen Diebstahls bereits zweimal rechtskräftig verurtheilt und bestraft, ließ sich wieder eine Entwendung mehrerer Sachen zu Schulden kommen und wurde nun wegen dritten Diebstahls in Untersuchung genommen.

Sein zweiter Diebstahl bestand darin, daß er des Nachts in einem Garten einen dürren Obstbaum abgesägt, und das dadurch gewonnene Holz um einige Gulden verkauft hatte.

Auf die wegen dritten Diebstahl gepflogene Untersuchung erkannte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises unterm 28. Mai l. J.:

„es sei kein Grund zur Erlassung eines oberrichterlichen Urtheils vorhanden."

Das Erkenntniß beruht darauf, daß das Absägen und die Zueignung des Obstbaums, welche Handlung dem Inkulpaten als zweiten Diebstahl angerechnet und als solcher bestraft worden sei, nicht als Diebstahl angesehen werden dürfe, weil der Thatbestand eines Diebstahls die Wegnahme einer beweglichen Sache voraussetze, ein Baumstamm aber erst dann für einen solchen gelten könne, wenn er entweder schon abgehauen, oder ausgegraben, oder auf andere Weise vom Boden getrennt sei *).

Die Gründe für meine entgegengesetzte Ansicht mögen hier deshalb einen Platz finden, damit die auch praktisch richtige Entscheidung der Frage, welche Ansicht die richtige sei, recht bald erfolge.

Es kann nicht bezweifelt werden, daß Bäume, so lange sie mit dem Boden verbunden sind, zu den unbeweglichen Sachen gehören, und daß, sobald diese ihre Verbindung aufgehoben ist, sie zu den beweglichen Sachen zu rechnen sind. L. R. S. 521.

Jedoch sind die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen darüber, welche Sachen als bewegliche, welche als unbewegliche zu betrachten seien, nur für das Civilrecht, nicht aber für das Criminalrecht gegeben, denn sie finden sich nur in dem Civilgesetzbuche. Für das Criminalrecht wird wohl der natürliche Begriff einer beweglichen Sache maßgebend seyn, gemäß welchem man jede Sache für eine bewegliche zu halten hat, die Gegenstand der physischen Ergreifung, des Hinwegnehmens, seyn kann.

Hiernach wäre nun an die ihrer Natur nach unbeweglichen Sachen, als solchen, welche entweder gar nicht, wie Grundstücke, oder doch nicht ohne Zerstörung ihrer Gestalt, wie Gebäude, hinweggenommen werden können, ein Diebstahl nicht möglich, wohl aber an denjenigen Sachen, welche nur vermöge einer civilrechtlichen Fiction als unbewegliche gelten. Diese Fiction ist, wie gesagt, nur für das Civilrecht geschaffen, und kann deshalb nach bekannten hermeneutischen Grundsätzen auf das Criminalrecht nicht ausgedehnt werden.

Würde z. B. Jemand die Entwendung eines Spiegels, welcher, wie es der L. R. S. 525 vorschreibt, befestigt ist, nicht für einen Diebstahl halten? Ein solcher Spiegel ist aber nach dem Civilrecht ebensogut für eine unbewegliche Sache zu halten, wie ein mit der Erde verbundener Baumstamm.

Der Umstand, daß der Dieb selbst den von ihm hinweggenommenen und verkauften Baumstamm abgesägt hatte, dürfte auf den Thatbestand des Diebstahls schon deshalb keinen Einfluß haben, weil das Gesetz nur fordert, daß eine bewegliche Sache hinweggenommen worden sei, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob sie früher ein Theil einer unbeweglichen war oder nicht, ob sie von dem, der sie hinwegnahm, zur beweglichen gemacht wurde, oder ob sie eine andere Person dazu gemacht hat. Es ist gesetzlich nur nöthig, daß die Sache in diebischer Absicht hinweggenommen wurde, sei es nach vorausgegangener Trennung von einer andern Sache, sei es ohne eine solche. Es wird deshalb auch das Hinwegtragen oder Hinwegführen von Grund und Boden, insofern es in diebischer Absicht geschah, als Diebstahl zu betrachten seyn.

Zwar macht das Forstgesetz, welches eine Entwendung von stehendem Holze anerkennt, §. 161 einen Unterschied zwischen der Zueignung von verarbeitem, zugerichtetem oder zum Transport bestimmten Holze, insofern der Frevler selbst die Bearbeitung des Holzes vornahm und zwischen der Zueignung von solchem Holze, das der Frevler bearbeitet gefunden und hinweggenommen hat, indem es im erstern Falle die That als Forstfrevel, im andern aber als gemeinen Diebstahl angesehen wissen will. §. 172.

Allein das Forstgesetz ist lediglich in Bezug auf Waldproducte maßgebend und es kann mithin der vorhin erwähnte Unterschied auf den gemeinen Diebstahl nicht angewendet werden, weil Strafgesetze überhaupt und insbesondere ein so spezielles Gesetz keiner analogen Anwendung oder ausdehnenden Interpretation fähig sind.

Der Grund der forstgesetzlichen Bestimmungen dürfte der spezielle seyn, daß die Criminalpolitik fordert, den Forstfrevler gelinder zu bestrafen, als den gemeinen Diebstahl; ein solcher Grund liegt aber bei der Entwendung einer nach der civilrechtlichen Fiction unbeweglichen Sache gegenüber einer beweglichen gewiß nicht vor, und es spricht wohl auch der Geist der Criminalgesetzgebung nicht für derartige Unterscheidungen. —

Auch das römische Recht bestätigt diese Ansicht, indem L. 8, §. 1 u. 2 Dig. arborum furtim Caesarum sagt:

§. 1. Furtim arborum caedit, quidam caedit. §. 2. Igitur si caedecit et lucri faciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa, et condictione et ad exhibendum. —

In dem oben erzählten zweiten Diebstahlsfalle war hienach wohl der Thatbestand des Diebstahls vollständig constatirt, indem nicht nur der animus rem sibi habendi, sondern auch sogar der animus lucri faciendi vorhanden war. Schenkh, Rechtspr.

*) Richtig, aber D. hat ja auch den Baum, nachdem er gefällt, also beweglich geworden war, in diebischer Absicht noch mit sich fortgeführt!

Wenn davon die Rede ist, daß Jemand einen Baum als stehend, z. B. mit dem Boden auf dem er steht (durch Grenzvereückung oder wie immer) sich widerrechtlich zueignet, so liegt in einer solchen Zueignung auch des fällbaren, also der Mobilisirung fähigen Baumes kein Diebstahl im gesetzlichen Sinne.

Wenn aber Jemand einen fremden Baum, ohne ihn auf solche Weise noch als stehend in seinen Besitz gebracht zu haben, in gewinnsüchtiger Absicht fällt und heimführet, so liegt zwar nicht im Fällen, wohl aber im Heimführen des gefällten (also jetzt beweglich gewordenen) Baumes ein Diebstahl. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 12. Oktober 1839.

I.

Untersuchung gegen Katharina Schmalz, deren Mutter und Barbier Kanz von Lehengericht und Schiltach, wegen angeschuldigter heimlicher Schwangerschaft und Niederkunft, versuchter Abtreibung der Leibesfrucht und Tödtung des Kindes durch Erwürgen, beziehungsweise Theilnahme.

Den 9. August 1837 in der Früh entdeckte der Handelsmann Leicht von Schiltach hinter des Dessen-Bauren Hof im schiltacher Thal im Vorübergehen an dem Währ im Wässerungsgraben den Leichnam eines neu gebornen Kindes weiblichen Geschlechts, und ließ sogleich den Ortsvorstand davon in Kenntniß setzen. Auf den Bericht des Bürgermeisters haben das Bezirksamt und Physikat mit dem Landchirurg am nemlichen Tag sich an Ort und Stelle eingefunden und mit Beiziehung von Urkundspersonen die legale Besichtigung des Cadavers und am andern Morgen die Section so wie auch eine Lungenprobe vorgenommen, worüber das Protokoll die umständliche Beschreibung enthält, welche zuletzt sub. num 71 ausspricht, daß Verletzungen an der Leiche nirgends bemerkbar sind.

Nicht im Einklang damit steht das erst am 4. September erstattete gerichtsärztliche Gutachten — das freilich auf die nachgefolgten Angaben der Inkulpatin zu viele Rücksicht genommen hat: —

„daß nemlich das etwa 3 Wochen zu früh geborne, lebende und lebensfähige Kind unmittelbar nach der Geburt von der Mutter erwürgt worden sey (?)"

Da dem Amt zugleich angezeigt wurde, daß der Verdacht der heimlichen Niederkunft und Entfernung der Geburt auf die Tochter des Gütleinbesitzers Mathias Schmalz von Lehengericht falle, dessen Wohnung 200 und etliche Schritte von dem Platze entfernt ist, wo die Leiche gefunden wurde, — weil das Volk diese Weibsperson für schwanger gehalten habe, begab sich das Amt in die Behausung des gedachten Schmalz und traf dessen Ehefrau darin an, welche im Begriff war, mit der Sense auszugehen. Sie schien über die Ankunft der Beamten bestürzt und sprach unaufgefordert von dem aufgefundenen Leichnam, indem sie bemerkte, man könne Alles visitiren, ihre Tochter sei sauber, sie arbeite hinten am Berg und habe vor 10 Wochen zum letztenmal die Regel gehabt. Man ließ sich, bevor die Tochter herbeigerufen wurde, ihre Schlafkammer öffnen; das aufgedeckte Bett war mit einem frischen, völlig fleckenlosen Anzug versehen. Auf dem Boden vor dem Bette, welcher aus rauhen Brettern von Tannenholz besteht, waren viele Flecken in der Größe eines Dreibätzners bis zu ½ Zoll im Durchmesser ersichtlich. Sie schienen von Blut herzurühren, konnten jedoch nicht deutlich als solches erkannt werden. Die untersuchten Kleidungsstücke waren fleckenlos, dagegen fand man hinter dem Schrank ein zerrissenes grobes Weibshemd, welches am untern Theil mit blutartiger Substanz durchdrungen war, und nach der Angabe der Mutter ihrer Tochter gehört, die solches vor 2 Tagen abgelegt habe. Man fragte nach dem abgezogenen Bettzeug und erhielt von der Ehefrau Schmalz zuerst die Erklärung: sie wisse nicht, wo es sei, dann zeigte sie einen frisch gewaschenen Deckbett-Ueberzeug, welcher vor dem Fenster hieng.

Die herbeigerufene Tochter, Katharina Schmalz, 21 Jahre alt, ledig, gab nach anfänglichem Läugnen an: am letzten Montag habe sie unten beim Haus Vieh gehütet und große Schmerzen ausgestanden. Nachmittags um 4 oder 5 Uhr sei sie durch den Bach gegangen, über die schlüpfrigen Steine hin auf die Seite gefallen und habe ein Kind bekommen, das nicht gar leicht von ihr gegangen sei. Es sei ein großes Weiherwasser und ein Floß hintendrein gekommen, daher sie, um nicht zu ertrinken, sich habe eilen müssen, aus dem Bache zu kommen. Das Kind sei von dem Wasser fortgetrieben worden und sie habe es nicht fangen können, weil das Floß vor sie hinausgekommen sei. Das ihr vorgezeigte Kind erkenne sie als dasselbe an, welches sie im Wasser geboren habe. Die Nabelschnur habe sie nicht abgerissen. Die Nachge-

Digitized by Google

burt sei noch im Wasser von ihr gegangen. Das Kind sei unter dem Wasser zur Welt gekommen und sie habe nicht gehört, daß es geschrieen, auch wisse sie nicht, ob es gezappelt und gelebt habe.

Das Physikat erstattete nach der Körperbesichtigung der Katharina Schmalz den Bericht über den Befund, wornach alle Merkmale es außer Zweifel setzten, daß sie vor kurzer Zeit von höchstens 2 bis 3 Tagen, wo nicht ein ganz ausgetragenes doch der Reife nahes Kind geboren habe.

Der Vater, Mathias Schmalz, 50 Jahr alt, gab auf Befragen an: er habe vor etwa 3 Monaten von andern Leuten gehört, daß es mit seiner Tochter nicht richtig sei, er habe sie darum gefragt, sie aber geläugnet, schwanger zu seyn, auch der Mutter nichts gestanden, doch habe diese gesagt, sie hätte schon mehrmals gestärkte Hemder bei der Tochter bemerkt, als ob sie den weißen Fluß hätte.

Die Ehefrau gab auf weiteres Befragen an: hie und da habe sie von den Leuten gehört, ihre Tochter sei schwanger, diese habe ihr aber nichts gestanden, sie wisse aber, daß die Tochter seit 10 Wochen ihre Reinigung nicht mehr gehabt und mit dem weißen Fluß behaftet sei, wovon ihre Hemder oft steif geworden. Von einer Niederkunft der Tochter sei ihr nicht das Geringste bekannt, doch könnte eine solche während ihrer Abwesenheit von Hause, wann sie im Felde beschäftigt gewesen, ohne ihr Wissen Statt gefunden haben. Ihre Tochter habe die vergangene Woche über geschwollene Füße geklagt, seit 6 Wochen aber ihr dicker Bauch sich gleich geblieben, daher sie die Tochter nicht darum angesehen habe. Ihre Tochter könne niedergekommen seyn, aber, wenn sie (die Mutter) von einem Kinde wisse — — hier verfiel sie in heftiges, dem Anschein nach blos verstelltes Weinen, daher das Verhör abgebrochen wurde.

Im folgenden Verhör erklärte die Tochter: sie wolle nun gestehen, daß sie nicht im Wasser, sondern Montag Abends in ihrer Kammer vor dem Bett, wo noch Blutflecken seyn müssen, niedergekommen sei. Das Kind habe gezappelt und geschrieen, nicht heftig, sondern nur ein wenig. Sie habe die Nabelschnur, woran das Kind mit ihr zusammengehangen, nahe an ihrem Leib abgerissen, und das Kind sammt der Nachgeburt, als es kaum Nacht war, gegenüber von ihrem Haus in die Schiltach getragen, wo sie es in das damals angeschwollene Wasser geworfen habe. Das Kind habe beim hineinfallen gezappelt aber nicht geschrieen. Vorher habe es nur ein wenig geschrieen. Wie das Kind in der Schiltach gelegen, habe sie es gleich nicht mehr gesehen, und sei dann zurück um sich in das Bett zu legen. Vater und Mutter, welche bei ihrer Niederkunft, so wie beim Forttragen des Kindes von Haus abwesend gewesen, seien nun nach einander heimgekommen, denen sie auf ihre Anfrage aus der Kammer zugerufen habe, daß sie nicht wohl sei. Gestern Morgen habe sie ihr blutiges Bett abgezogen und den Ueberzug in einem Zuber am Haus gewaschen. Ihr Kind habe sie darum in das Wasser geworfen, weil ihr Kerle, die ihrem Bursche feind seien, gedroht hätten, sie ohnmächtig zu schlagen, wenn sie ein Kind bekäme. Der Bursche, von dem sie ihr Kind gehabt, namens Johann Georg Wolber, des Bäuerle's Sohn, habe mit einem andern Weibsbild schon ein Kind erzeugt, und dieses Weibsbild habe die Kerle aufgestellt, die sie schlagen sollten. Ihr Bursche selbst hätte ihr nichts gethan und ihre Mutter auch nicht, weil diese gewußt habe, daß sie schwanger sei. Sie wiederhole, daß sie das Kind, welches ihr gestern Abend vorgezeigt worden, in ihrer Kammer geboren und lebendig in die Schiltach geworfen habe, damit es zu Grund gehe. — Hier ist zu den Acten bemerkt, daß die Wöchnerin vor und zur Zeit dieses Verhörs an einer Entzündung der Gebährmutter krank war, daher der ärztlichen Behandlung und Pflege der Hebamme übergeben wurde. —

Die Mutter wurde Tags darauf über ihre vermuthliche Kenntniß der Schwangerschaft und Niederkunft ihrer Tochter befragt und ihr die Angabe der Tochter vorgehalten, sie blieb aber hartnäckig beim Läugnen.

Am 14. nemlichen Monats wurde Inkulpatin in das Amtsgefängniß nach H. abgeliefert. Zugleich zeigte der Ueberbringer, Gendarm Koch, an, wie er unter Wegs aus dem Munde der Inkulpatin erfahren, daß sie von dem Barbier Kanz in Schiltach eine Arznei bekommen habe, der sie die Wirkung ihrer zu frühen Niederkunft zuschreibe, weil sie davon so angegriffen worden, daß sie beinahe zu Grund gegangen sei. Kanz habe ihr auch kürzlich zur Ader gelassen.

Am 15. August wurde sie zum Verhör vorgeführt und gab auf Befragen an: ihre Bekanntschaft mit Wolber habe angefangen, als sie anderhalb Jahre die Schule verlassen, und seither, mit einer Unterbrechung von einem viertel Jahr, sie besucht, besonders an den Sonntagen, und daher werde sie schwanger geworden seyn. Ihre Eltern hätten von diesen Zusammenkünften gewußt, ohne sie zu wehren, sie habe ihnen aber niemals bekannt, schwanger zu seyn, und es sei die Unwahrheit, wenn sie früher anders gesagt habe. Da sie bisweilen unwohl gewesen, habe ihr die Mutter den Rath gegeben, zur Ader zu lassen, was sie vor 6 bis 8 Wochen in Schramberg und, als das nichts geholfen, am Freitag vor 14 Tagen beim Barbier Kanz gethan, der sie gefragt habe: ob sie nicht schwanger sei, weil es ihr beim Aderlassen übel geworden?

Digitized by Google

Sie habe dem Kanz ihre Schwangerschaft gestanden, worauf er ihr gesagt: er wolle ihr etwas geben, wovon es ihr besser werden solle. Das Kind werde abgehen, wenn sie das Wasser trinke, welches heiß über die Kräuter gegossen werde, die er ihr gebe. Er habe ihr dabei eine starke Hand voll dürre Kräuter eingehändigt und sie geheißen, solche in etwas mehr als einer halben Maas Wasser eine viertel Stunde lang kochen, und dieses Wasser, wenn es kalt geworden sei, nach und nach trinken. Sie habe, wie Kanz verlangt, gethan, und in 1½ Tagen das Kräuterwasser getrunken, worauf sie nach ein paar Stunden niedergekommen sei. Im Anfang des Trinkens habe sie keine Schmerzen gehabt, wie sie aber bald mit dem Trank fertig gewesen, habe sie solche Leibschmerzen bekommen, daß sie gemeint, es wolle ihr alles zerreißen. Bevor diese Schmerzen völlig nachgelassen hätten, sei das Kind zur Welt gekommen. Ohne solchen Trank hätte nach ihrer Meinung und Rechnung die Geburt noch ungefähr 3 Wochen ausbleiben müssen. Sie habe sich anfänglich geweigert, den Trank zu nehmen, als ihr Kanz gesagt hatte, was er bewirken werde, aber endlich seinem Zureden unter großem Schreien nachgegeben. Dieß sei in seinem Hause geschehen, wo sie schon früher eine von ihm bereitete Arznei genommen habe. Kanz sei in das Haus ihrer Eltern an dem Tag noch gekommen, welchen sie bei ihm gewesen, und habe dort mit ihrer Mutter gezankt, welche nicht leiden wollte, daß sie den Trank, welchen sie zu Haus gekocht habe, schlucke. Die abgekochte Kräutern seien zum Küchenfenster hinausgeworfen worden, sie hätten einen gewaltig bittern Geschmack gehabt, doch wisse sie nicht, wie man sie heiße. Den Sevenbaum kenne sie nicht, wohl aber den Wachholdee. Diesem seien aber die Kränter nicht ähnlich, sondern kleine, runde Scheiben, wie von abgeschnittenen Zweigen oder Stengeln gewesen. Kanz habe ihr gesagt, daß sie auf den Trank ein Kind bekommen wird, worauf sie erklärt, daß sie ihn nicht nehme, weil sie dieß nicht haben wolle. Dann habe er gesagt: es werde schon anders besser werden. Erst nach dieser Versicherung habe sie sich dazu verstanden, das Kräuterwasser zu trinken. Die Mutter werde wohl gemerkt haben, was Kanz mit dem Trank vor hatte, und habe deßwegen nicht leiden wollen, daß sie ihn nehme. Kanz habe aber nicht nachgegeben, bis sie ihn zu trinken angefangen und sei da geblieben, bis sie zwei bis drei Gläser voll getrunken gehabt; davon sei sie betäubt und ihr schwarz vor den Augen geworden, so, daß sie ihre damals noch anwesenden Eltern nicht mehr gekannt habe, und erst, nachdem sie ein Kind geboren, sei sie wieder zu sich gekommen. Ihre Eltern und Kanz seien dann nicht mehr da gewesen, sondern sie ganz allein und verwirrt. Nachdem sie die Nabelschnur an ihrem Leib abgerissen, habe sie das Kind mit der einen Hand am Hals und mit der andern unten beim Hintertheil ergriffen und es vor ihrem Hause in die Schiltach getragen, wobei es gezappelt aber wenig geschrien, indem sie ihm den Hals nicht arg zugedrückt habe. Doch wisse sie nimmer, wie es ihr damal gewesen sei. Vielleicht habe sie das Kind nur am Hals heben wollen, wenigstens wisse sie nicht, daß sie es habe würgen wollen.

Auf Frage 13, ob sie sonst nichts anzugeben habe? erklärte sie, daß sie ihre Strafe mit Geld abmachen möchte.

Auf den Grund der Angaben der Inkulpatin gegen den Wundarzneidiener Kanz und auf die Thatsache, daß derselbe wegen Quacksalberei schon polizeilich bestraft worden, hat das Amt mit dem Physikat eine Haussuchung bei Kanz nach Medicamenten und Abortivmitteln vorgenommen, sodann eine peinliche Untersuchung wegen Abtreiben der Leibesfrucht der Katharina Schmalz eingeleitet.

Unter den vorgefundenen Arzneistoffen erklärte das Physikat die Bärenwurzel und Aloe surrotina für Abortivmittel — Beilagenheft 13, sonst aber wird am Schluß des Visitationsprotokolls bemerkt, daß nicht Sevenbaum oder Zaunrübe, überhaupt sonst nichts sich vorgefunden habe, was man in die Klasse von Abortivmitteln rechnen könne.

Kanz, 52 Jahr alt, Vater von 4 Kindern, wurde vorgerufen und zuerst befragt: ob er kürzlich an der Katharina Schmalz eine Aderläße vorgenommen habe. Er läugnete es. Eben so beantwortete er die Frage, derselben Arzneimittel gereicht zu haben. Er erklärte, die ihm vorgestellten Schmalzischen Eheleute zu kennen, so wie auch ihre Tochter und gab dann an: sie sei ein dickes Weibsbild, welches bei ihm gewesen sei, um sich schröpfen zu lassen. Es habe ihr auch zur Ader gelassen, doch wisse er nicht mehr, wie lange es her sei. Sie hätte ihm gesagt, daß sie auch in Schramberg zur Ader gelassen und er habe ihr auf Verlangen ihrer Mutter in ihrem Hause zur Ader gelassen.

Die Muttee ließ sich vernehmen: sie sei zweimal im Hause des Kanz auf Verlangen ihrer Tochter gewesen, daß er ihr zur Ader lasse. Kanz habe dieß auch in ihrem Hause gethan, doch wisse sie nicht, ob er ihr auch einen Trank gegeben habe. Es sei nicht wahr, was ihre Tochter gesagt, daß sie — die Mutter — nicht habe leiden wollen, daß ihre Tochter den von Kanz verordneten Trank nehme.

Kanz gab im weitern Verhör an: die Mutter habe gesagt, ihr Mädle habe schon ein halbes Jahr ihre Sach nicht gehabt, er solle ihr etwas geben, daß es gut werde. Er habe ihr einen Blut verdünnenden Thee von Süßholz, Bärmutterwurzel, Bittersuß und Hollunderblüthe gegeben.

Digitized by Google

Etwas Treibendes sei nicht darunter gekommen, namentlich nicht Aloe, Zaunrübe, Sevenbaum oder dergleichen.

Auf gemachten Vorhalt der Angaben der Katharina Schmalz beharrte Kanz auf seiner Vertheidigung, daß er zum Treiben nichts gegeben habe.

Bei der Confrontation hielt Katharina Schmalz ihm vor: er habe ihr Kind abtreiben wollen, und deßwegen sie genöthigt, den Trank zu nehmen, der so bitter gewesen sei und ihr so übel gemacht habe, daß sie weißen Schaum vor Maul und Nase und unerhörte Leibschmerzen bekommen, worauf das Kind von ihr gegangen sei.

Kanz versicherte, diese Angabe sei unwahr. Katharina Schmalz habe kein Abtreibungsmittel verlangt und er ihr auch keines gegeben, sie habe ihm auch nicht entdeckt, daß sie schwanger sei.

Die Mutter erklärte im späteren Vorstand: sie wolle ferner nicht läugnen, zu wissen, daß Kanz ihrer Tochter Kräuter zu einem Trank gegeben, sie habe aber solche wegen dem weißen Fluß verlangt. Sie habe früher geläugnet, weil ihr Kanz verboten, davon zu reden, sie wisse aber nicht, ob Kanz etwas Unrechts gethan habe.

Als das Amt zur Confrontation der Mutter mit Kanz schreiten wollte, machte das Physikat die Anzeige, daß Kanz in Folge übermäßigen Genusses geistiger Getränke, die ihm seit seiner Verhaftung entzogen seien, in ein delirium tremens verfallen und unfähig sei, dermal verhört zu werden, es wurde daher für jetzt von der Confrontation Umgang genommen und die Untersuchung bis zur Einreichung des Physikats-Gutachtens ausgesetzt.

Am 22. September wurde Katharina Schmalz wieder in's Verhör gezogen und gab auf Befragen an: sie habe den Kanz früher nie gebraucht, der Trank sei das erste gewesen, was er in ihr Haus gebracht. Ihre Mutter habe bei ihm Kräuter gegen den weißen Fluß begehrt. Nachher sei er in ihr Haus gekommen und habe ihr zur Ader gelassen. Er habe ihr ein großes Papier voll Kräuter und einen weißen Staub, wie man ihn von der Wand kratzen könnte, mit sich gebracht und sie genöthigt, nach der Aderlässe in einem Löffel voll Wasser so viel davon zu nehmen, als auf einer Messerspitze gehe. Zuerst habe sie ein Glas voll Kräutertrank nehmen müssen und hernach das Pulver. Kanz habe gesagt: es werde hierauf das Kind von ihr gehen und Alles unter sich n'aus. Wie sie dieß gehört, habe sie sich geweigert und laut geschrien, er habe sie aber an der Hand gepackt und nicht abgelassen, bis sie getrunken, auch habe er die Mutter aus der Stube hinaus geschickt. Dieß sei in der Mitte des Nachmittags gewesen und gegen Abend das Kind abgegangen. Kanz sei fortgegangen, als sie den Trank geschluckt, und so sei sie bei der Niederkunft allein gewesen. Auf Befragen: ob sie auch wirklich die Wahrheit rede oder dem Kanz Dinge aufbürden wolle, die er nicht verschuldet habe? antwortete sie: „Kein Wort hievon ist gelogen.“ Es wurden nun noch besondere Fragen und Vorhalte an sie gethan:

Frage: was sie mit dem Kind angefangen? als es zur Welt gekommen war? Antw.: sie habe die Nabelschnur abgerissen und das Kind fortgetragen in's Wasser. Fr.: Warum habt ihr die Nabelschnur abgerissen? A.: sie wisse es nicht, es sei in der Dummheit und Verrücktheit geschehen. Fr.: da ihr wohl wißt, was ihr gethan habt, muß eure Verrücktheit nicht von Bedeutung gewesen seyn? A.: Es sei ihr erst nachher wieder gekommen, nachdem sie einige Stunden im Bett gelegen. Fr.: habt ihr nicht angegeben, daß ihr das Kind mit einer Hand am Hals und mit der andern am Hintertheil gefaßt und in die Schiltach getragen habt? A.: Ja, und es sei so wie sie sage, doch sei es ihr nun leid genug. Fr.: wer solche Dinge genau wisse, muß bei gutem Verstande gewesen seyn. A.: sie sei von Sinnen gewesen, man solle es ihr nur glauben, doch sei es ihr nachher wieder gekommen. Vorhalt: man glaube ihr dieß nicht und die angebliche Bewußtlosigkeit könne ihr nicht zur Entschuldigung gereichen, weil nach dem Augenschein und dem Gutachten der Gerichtsärzte ihr Kind erwürgt worden. A.: sie könne das Kind in der Dummheit erwürgt haben, ohne es zu wissen. Auf weitere Instanzen: sie habe das Kind am Hals gehabt, doch sei es Nacht gewesen, weßwegen sie nicht genau habe sehen können, was das Kind dabei gethan. In der Dummheit habe sie's halt gewürgt, dabei bleibe sie. Wie das Kind auf die Welt gekommen sei, habe es geschrieen und nicht viel gezappelt, wie sie es aber ins Wasser geworfen, gar nicht. Sie habe nimmer gewußt, was sie thue. Kanz sei am ganzen Unglück schuld. Vor Weihnachten habe sie gewußt, daß sie schwanger sei. Sie habe damals mit Wolder zu schaffen gehabt und hernach sei die Regel ausgeblieben, ihr Bauch dicker geworden, und zuletzt habe sie die Bewegungen des Kindes gespürt. Dem Kanz habe sie ihren Zustand entdeckt und er hätte es der Mutter sagen können. Sie habe nicht gewollt, daß Kanz ihr das Kind abtreibe, er habe ihr den Trank eingeschwätzt, und eingelogen. Sie sei nicht die erste, der er es thue, er habe schon mehrere Kinder in Schiltach durchgeputzt, die Leute redeten davon in Lehengericht und Schiltach. Vorhalt: sie sei absichtlich allein und ohne Hülfe niedergekommen. A.: Kanz habe die Mutter fortgeschickt, damit er sie allein eher dazu brächte, den Trank zu nehmen, und, wie es ihr nachher wehe geworden, sei sie nicht mehr im Stande gewesen, die Mutter zu rufen. Das Kind habe keine halbviertel Stunde gelebt,

Digitized by Google

in der Verrücktheit sei sie gleich mit hinaus an die Schiltach gelaufen.

Kanz wurde nach seiner Genesung wieder in's Verhör genommen und ihm geradezu vorgehalten, daß er durch Abortivmittel die Leibesfrucht der Katharina Schmalz abgetrieben habe. Er widersprach diese Beschuldigung standhaft und versicherte, daß er von der Schwangerschaft dieser Person keine Kenntniß gehabt, sondern die Mutter aus dem schon angegebenen Uebelbefinden der Tochter ihn veranlaßt habe, ihr zur Ader zu lassen und Kräuter zu einem Trank zu geben, die keine Abtreibmittel enthalten hätten.

Das Amt schritt nun zum Schlußverhör vor Urkundspersonen. Katharina Schmalz bejahte die Fragen 96—98, daß sie ohne Beihülfe und allein niedergekommen sei und daß sie die Spuren ihrer Niederkunft entfernt habe, um solche nicht merken zu lassen. Sie erklärte auf Fr. 101, was sie mit dem Kinde gemacht habe? sie habe es in der Dummheit erwürgt; sie habe mit der linken Hand unter dem Kinn ihm den Hals zugedrückt und ein paar Minuten denselben zugehalten, wobei es gezappelt; wie das Zappeln aufgehört, habe sie das Kind hinaus in die Schiltach getragen. Um die Ursache ihrer Handlung befragt, gab sie wieder an: in der Dummheit habe sie es todtmachen wollen, würde es aber nicht mehr thun, wenn es nicht geschehen wäre. Sie wisse wohl, daß sie strafbar sei, es reue sie nun auch (sie weinte). Sie blieb auch bei der Behauptung, daß Kanz ihr einen Trank eingeschwätzt habe, das Kind abzutreiben. Auf einen Vertheidiger verzichtete sie.

Auch mit Kanz wurde ein Ratihabitionsverhör abgehalten, worin er seine ihm vorgelesene Antworten durchaus bestätigte.

Die Acten wurden vom Bezirksamt dem Hofgericht zum Erkenntniß nunmehr vorgelegt, sie gingen aber demselben mit der Weisung zurück, in die ihm angegebenen Punkten die Untersuchung noch zu vervollständigen. Es wurde demnach Katharina Schmalz zuerst vorgeführt und aufgefordert, die Umstände der Geburt so genau als möglich anzugeben. Sie erzählte also: An jenem Montag, an welchem sie geboren habe, sei Kanz, der ihr früher wegen des weißen Flußes Thee gegeben, gegen 3 Uhr Nachmittags in ihr Haus gekommen und habe eine Hand voll Kräuter bei sich gehabt, von denen er gesagt, daß sie einen Absutt nehmen müsse. Die Mutter sei bei ihr im Zimmer gewesen, als er gekommen, der Vater aber abwesend. Ob Kanz bestellt gewesen sei? wisse sie nicht. Als er erklärt gehabt, daß sie von den Kräutern nehmen müsse, habe ihre Mutter sie geheißen, die Kräuter zum Fenster hinauszuwerfen Kanz habe ihr aber abgewehrt und verlangt, daß die Mutter das Zimmer verlasse, weil sie aber nicht gleich gehen gewollt, ihr einen leichten Stoß gegeben, die Thüre aufgemacht und sie hinausgeschoben. Dieselbe sei sodann auf den Erdäpfel-Acker gegangen, sie (Ink.) aber habe auf Geheiß des Kanz die Kräuter in der Küche abgekocht, und als der Trank zubereitet, habe sie ihn eingenommen, indem Kanz sie versichert, er werde ihr für den weißen Fluß gut bekommen. Kanz sei noch eine Weile bei ihr sitzen geblieben und habe gesagt, der Trank werde dahin wirken, daß sie nun gebären werde, sie solle dann das Kind nur wegschaffen. Gegen Dämmerung sei ihre Mutter zurückgekommen, zu welcher Kanz gesagt habe: „so! so! der weiße Fluß wird jetzt nachlassen;" und sei dann fort gegangen. Sie habe noch einige häusliche Geschäfte verrichtet, sich noch zu Tisch gesetzt, von dort sei sie in den Stall gegangen, wo sie die Thüren zugeschlossen und schon die Wehen verspürt habe, aber nicht heftig. Ihre Eltern seien indessen ins Bett und sie etwa um 9¼ Uhr in ihre Schlafkammer gegangen. Hier seien die Wehen heftiger geworden, so, daß sie vor Schmerzen sich auf dem Boden gewälzt, und, als sie gemerkt, daß das Kind vorgeschossen, habe sie sich am Bett gehalten, ein Stück Leinwand, in der Größe eines Nastuches, auf einem Troge zunächst dem Bett in der Absicht ergriffen, das Kind damit aufzufassen, im Moment aber, als das Kind hervorgekommen, habe sie im Schmerz das Tuch fallen lassen, unwillkührlich sich an dem Bette hinuntergelassen, die Nabelschnur des auf das Tuch gefallenen Kindes abgerissen, wie es sie Kanz geheißen hätte, das nicht laut schreiende Kind mit der rechten Hand am Hintern genommen und die linke Hand ihm vorn an den Hals gesetzt, womit sie es gewürgt, bis es aufgehört, sich zu rühren, was jedoch gleich geschehen. Wie sie gemerkt, daß das Kind gestorben sei, habe sie es zum Haus hinaus getragen und in die Schiltach geworfen. Das Kind habe bei der Geburt die natürliche Lage gehabt, da es mit dem Kopf zuerst hervorgekommen. Der großen Schmerzen ohngeachtet, habe sie immer gewußt, daß sie die Katharina Schmalz sei und was mit ihr vorgegangen, so wie auch, was sie selbst von Anfang bis an's Ende gethan.

Auf Frage: was sie bewogen, ihr Kind umzubringen? antwortete sie: Kanz sei an der ganzen Geschichte Schuld, er habe sie am Montag — wie gesagt — angeleitet und sie geheißen, das Kind umzubringen. Als sie noch wegen der gehabten Niederkunft heftige Schmerzen gespürt, sei ihr der Rath des Kanz eingefallen, den sie in der Dummheit befolgt habe, denn da sie von ihm öfter gehört, daß er Kinder abtreibe, so sei ihr sein Rath nicht aufgefallen. Auf den Vorhalt, daß sie früher angegeben, es hätten ihr Bursche gedroht und sie deshalb ihr Kind umgebracht?

Digitized by Google

erwiederte sie: das sei auch wahr, doch habe sie im Augenblick des Umbringens nicht sowohl daran als an den Rath des Kanz gedacht. Sie erklärte auf weitere Instanz: es sei nicht wahr, daß sie damals, wo ihr Kanz zur Ader gelassen, einen Trank in anderthalb Tagen genommen habe, in Folge dessen sie niedergekommen wäre; wahr sei es aber, daß sie ihm damals ihre Schwangerschaft eingestanden und er ihr Kräuter gegeben habe, um die Frucht abzutreiben, die sie aber nicht angenommen. Am Montag, wo Kanz zu ihr gekommen sei, habe sie keine Kräuter von ihm bekommen; wenn sie früher anders gesagt, habe sie sich geirrt.

Kanz gab im weitern Verhör an: Die Ehefrau Schmalz sei zuerst zu ihm gekommen und habe verlangt, daß er ihre Tochter schröpfen solle, weil sie geschwollene Schenkel habe, worauf er derselben 4 Schröpfköpfe angesetzt habe. Den Sonntag darauf sei die Frau wieder zu ihm gekommen, mit dem Bemerken, es habe sich nicht gebessert, er möge der Tochter zur Ader lassen; am Dienstage darauf habe er dieses wirklich gethan und da habe ihn die Frau (Mutter) geheißen, der Tochter einen Thee zu geben, weil sie schon ein halbes Jahr ihre Sach nicht mehr gehabt habe, und zwar solle er ihr die Kräuter durch das Hefenmädle Crescenz R. von Schraneberg überschicken, was er gethan habe. In das Haus der Schmalz sei er nicht mehr gekommen.

Die weitere Vernehmlassung der Ehefrau Schmalz stimmte mit der Angabe des Kanz überein, nur darin waren sie, als sie einander gegenüber gestellt wurden, im Widerspruch, daß Kanz angab: die Mutter habe ihn versichert, daß ihre Tochter nicht schwanger sei, die Mutter aber erklärte, daß davon keine Rede gewesen sei. Ebenso widersprach sie der Angabe ihrer Tochter, daß sie den Kanz geheißen habe, ihr Haus zu verlassen, zumal er an dem fraglichen Montag gar nicht in ihrem Hause gewesen sei. Sie bestand übrigens darauf, von der Schwangerschaft ihrer Tochter nichts gewußt und an ihre Niederkunft nicht gedacht zu haben.

Kanz wurde nunmehr (den 28. Sept.) seiner Haft entlassen. Katharina Schmalz wurde noch einmal vorgeführt und befragt: was sie bewogen habe, ihr Kind umzubringen? Sie antwortete: sie halte den Trank, den Kanz ihr gegeben, für die Ursache, etwas anders wisse sie nicht. Ihre Mutter habe sie nicht angeleitet, auch Scham sei nicht die Ursache gewesen. Auf Vorhalt: ihre Mutter habe angegeben, daß Kanz nicht mehr in ihrem Hause gewesen, seitdem er ihr zur Ader gelassen, erklärt sie: das sei wahr, er habe ihr damals Kräuter zu schicken versprochen, und es auch durch das Hefenmädchen gethan. Sie habe am Montag Mittags die Kräuter erhalten, solche selbst abgekocht und genommen, ohne zu wissen, daß sie ein Mittel seien zur Abtreibung der Leibesfrucht. Ob ihre Mutter zugegen gewesen, als sie den Trank genommen, wisse sie nicht, es sei aber richtig, daß ihre Mutter von ihrer Schwangerschaft nichts gewußt habe. Eben so richtig seien ihre Angaben rücksichtlich der Geburt und Tödtung ihres Kindes.

Die frühere Angabe der Inkulpatin, daß Bursche von der Liebsten des Wolber angestiftet worden, sie zu mißhandeln und sie ihr gedroht haben, ist durch Abhör mehrerer Personen als unwahr herausgestellt worden. Auch wird bemerkt, daß ihr angegebener Schwängerer, Georg Wolber, in Abrede zieht, mit ihr vertrauten Umgang gepflogen zu haben.

Damit wurde die Untersuchung wieder geschlossen und dem Hofgericht vorgelegt, welches vorerst Gutachten (superarbitria) des hofgerichtlichen Medizinalreferenten und der großherzoglichen Sanitätscommission erhoben, dann einen Vertheidiger für Katharina Schmalz von Amtswegen aufgestellt und nach Uebergabe der Vertheidigungsschrift auf erstatteten schriftlichen Vortrag am 29. März 1838 nachstehendes Urtheil mit Entscheidungsgründen gefällt hat:

„In Untersuchungssachen rc. wird auf amtspflichtiges Verhör zu Recht erkannt:

„Katharina Schmalz sei der angeschuldigten Anwendung von Abortivmitteln zur Abtreibung ihrer Leibesfrucht eben so wie der Tödtung ihres Kindes durch Erwürgen für klagfrei, dagegen der verheimlichten Schwangerschaft und Niederkunft für schuldig zu erklären, und dafür bei den eintretenden mildernden Umständen zu einer in hiesiger Strafanstalt zu erstehenden dreimonatlichen gemeinen Zuchthausstrafe und in sämmtliche Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilen; der mitangeschuldigte Wundarzneidiener Kanz sei der Verordnung von Abtreibungsmitteln klagfrei, die Mutter der Katharina Schmalz aber der Theilnahme daran für verdachtlos und der Wissenschaft auf der verheimlichten Schwangerschaft und Niederkunft klagfrei zu erklären und beide mit den Kosten zu verschonen."

Entscheidungsgründe:

„1) Es ist nach dem Geständniß der Katharina Schmalz in Verbindung mit dem ärztlichen Erfund bei ihrer Körpervisitation und aus andern zusammentreffenden Umständen keinem Zweifel unterworfen, daß sie die Mutter desjenigen neugebornen Kindes ist, welches in einem Wässerungsgraben aus der Schiltach, ohnweit ihres elterlichen Wohnhauses, todt gefunden worden ist. Das Kind war eine frühreife Geburt (3 – 4 Wochen zu früh) zwar lebensfähig, aber nach dem Gutachten der großh. Medizinal-Referenten in Uebereinstimmung mit dem Beschluß der großh. Sanitätscommission kann aus medicinischen Gründen nicht nachgewiesen werden, daß das Kind nach der Geburt geathmet und gelebt

Digitized by Google

habe, vielmehr ist wahrscheinlich, daß solches todt zur Welt gekommen sei.

Inkulpatin ist der verheimlichten Schwangerschaft, der hülflosen Niederkunft und Wegtragung ihres Kindes gleich nach der Geburt in die Schiltach, geständig; denn, obgleich sie anfänglich angegeben hat, daß ihre Mutter Mitwissenschaft von ihrem Zustande gehabt habe, und obgleich es wahrscheinlich ist, daß ihre Mutter genaue Kenntniß davon hatte, so hat doch die Tochter in den weitern Verhören fest behauptet, ihre Mutter habe von ihrer Schwangerschaft nichts gewußt, und nach der Aussage ihres Vaters hat sie demselben auf Befragen solche hartnäckig abgeläugnet. Sie ist demnach des in §. 62. Lit. d. des Strafedikts erwähnten Verbrechens der verheimlichten Schwangerschaft und Niederkunft schuldig.

In Erwägung jedoch, daß nicht erwiesen ist, ob das Kind durch die verheimlichte Schwangerschaft und Niederkunft Schaden genommen hat, daß die Zurechnungsfähigkeit der Dirne sowohl während den Schmerzen des zu früh eingetretenen Geburtsakts als auch unmittelbar nach der Niederkunft sehr geschwächt war, weil sie sich — nach ihrem Ausdruck — in einem Zustande von Dummheit, Verrücktheit, oder nach dem Gutachten der Medizinalreferenten, in einem getrübten Seelenzustande befand, daß ferner die wahrscheinliche Kenntniß der Mutter von der Schwangerschaft ihrer Tochter und deren muthmaßliche Mitschuld an der hülflosen Geburt mildernde Rücksicht für die Tochter erfordert, hat der Gerichtshof die geringste Strafe des Edikts, nämlich drei monatliches Zuchthaus der That für angemessen und hinreichend erkannt.

Die Mutter mußte des gegen sie vorhandenen Verdachts ohngeachtet wegen Mangels an Geständniß oder Zeugen für klagfrei erklärt werden.

2) Was die Anschuldigung von angewandten Mitteln zur Abtreibung der Leibesfrucht betrifft, so beruht solche allein auf den wiederholten, aber unter sich selbst in Widerspruch stehenden Angaben der Katharina Schmalz, daß der Wundarzneidiener Kanz ihr einmal zur Ader gelassen, auch ihr Kräuter zum abkochen und trinken als Thee gebracht und aufgedrungen habe, mit der Versicherung, daß ihr Kind darauf abgehen werde, und daß sie nach dem Genusse des Thees in einem Zustand von Betäubung gefallen, in welchem sie niedergekommen sei; allein die Kräuter, welche Kanz auf Verlangen der Mutter der Katharina Schmalz wegen ihrem Uebelbefinden zu einem Trank geschickt, und namentlich angegeben hat, so wie auch jene, welche bei der vorgenommenen Visitation im Hause des Kanz vorgefunden worden, sind nach dem Gutachten des Medicinalreferenten, mit Ausnahme der im Hause des Kanz gefundenen Aloe keine Reizmittel und nicht zur Abtreibung einer Leibesfrucht wirksam, auch ist aus dem Verlauf des Geburtsgeschäfts selbst mit Wahrscheinlichkeit zu schließen, daß weder durch Blutentziehungen noch durch gebrauchte Reizmittel die Geburt gewaltsam und zu früh herbeigeführt worden, sondern die Frühgeburt andern Verhältnissen zuzuschreiben. Wenn nun hiernach es am Thatbestande der Verabreichung und des Gebrauchs von Abortivmitteln fehlt, so hält doch der Gerichtshof dafür, daß, weil die Gutachten der Medicinalreferenten nur von Wahrscheinlichkeit und nicht von Gewißheit des Gegentheils sprechen, doch nicht aller Verdacht beseitigt sei, welcher aus den Angaben und Geständnissen der Katharina Schmalz, so wie aus dem schlechten Leumund des Kanz — welcher wegen medicinischen Pfuschereien schon mehrmal bestraft worden — und aus seinen Besuchen und Verordnungen zu einer Zeit, wo ihm die vorgerückte Schwangerschaft der Katharina Schmalz nicht unbekannt bleiben konnte, hervorgeht. In dieser Erwägung konnte bei der Katharina Schmalz und Kanz nur auf Klagfrei-, bei der Mutter aber auf Verdachtloserklärung erkannt werden.

3) Die Untersuchung gegen Katharina Schmalz wegen vermeintlicher Tödtung ihres neugebornen Kindes durch Erwürgen, ist veranlaßt durch ihr eigenes Geständniß und durch die von den Gerichtsärzten aus dem Obductionserfund geschöpfte Ansicht einer gewaltsamen Tödtung des Kindes durch Erdrosseln, allein! das Geständniß der Inkulpatin ist theils wegen ihres getrübten Seelenzustandes zur Zeit des Geburtsakts und nach demselben, theils wegen andern Mängeln von geringer Glaubwürdigkeit; und was die Meinung der Bezirksärzte betrifft, so haben die Gutachten der Medicinalreferenten die Unwahrscheinlichkeit des Lebens des Kindes nach der Geburt so wie einer erlittenen gewaltsamen Todesart gründlich dargelegt. Da gleichwohl hierdurch nicht aller Verdacht gegen die Inkulpatin gehoben ist, wurde sie nur für klagfrei erklärt. Endlich wurde Katharina Schmalz in sämmtliche Untersuchungskosten verfällt, weil sie solche durch ihre sträfliche That veranlaßt und durch ihre Beschuldigung gegen Kanz sowohl als auch durch ihre verschiedenen Angaben gegen sich selbst die Weitläufigkeit und Verlängerung der Untersuchung herbeigeführt hat."

Rechtliche Beurtheilung des Einsenders.

Die vorliegende Untersuchung hat dreierlei Verbrechen an der Leibesfrucht und behehungsweise dem neugebornen Kinde der Katharina Schmalz zum Gegenstande und sich auf drei Personen als Urheber und Theilnehmer erstreckt. Die Verbrechen sollen seyn a) die verschwiegene

Digitized by Google

Schwangerschaft und heimliche Niederkunft; b) die Beförderung der Frühgeburt durch Abortivmittel, welche der Barbier Kanz dargereicht haben solle und c) sogar die Tödtung des zur Welt gebornen Kindes von der Mutter, Katharina Schmalz, durch Erwürgen.

Zu a) erklärt das Strafdiktum im § 62 bei Anlaß der Strafbestimmung für die gemeine Unzucht — ein blos bürgerliches Vergehen — die Verschweigung der Schwangerschaft, worauf eine heimliche Niederkunft erfolgt ist, für ein Verbrechen, auf welches eine — je nachdem das Kind Schaden genommen hat, oder nicht — kürzere oder längere, geringsten Falls drei monatliche Zuchthausstrafe erkannt werden soll. Es gehört aber als Bedingung zu diesem Verbrechen nach lit. c des Paragraphen, daß aus irgend einem Anlaß eine obrigkeitliche Befragung der Dirne über ihre Schwangerschaft hinzugekommen sei und sie diese abgeläugnet hätte, ohne eine Unwissenheit hinlänglich zu rechtfertigen. Nur in diesem Sinne kann die unmittelbar darauf folgende Stelle sub Lit. d „Käme aber zu der verschwiegenen Schwangerschaft u. s. w." gemeint gewesen und zu verstehen seyn; einmal schon nach dem Wortlaut, weil verschweigen eine Frage voraussetzt, zum andern: wegen der unmittelbaren Folge und des Zusammenhangs beider Stellen c und d mitsammen *). Wendet man nun diese gesetzliche Bestimmung auf den vorliegenden Fall an, so fehlt es hier an der ersten Bedingung des Verbrechens, nämlich an der Verschwerigung der Schwangeeschaft, weil nirgends davon nur die Rede, vielweniger hergestellt ist, daß die Dirne jemals obrigkeitlich über ihre Schwangerschaft befragt worden sei und sie auf eine solche Befragung ihren Zustand abgeläugnet habe. Der Vater der Inkulpatin giebt zwar an, daß er vor etwa 3 Monaten von andern Leuten gehört habe, daß es mit seiner Tochter nicht richtig sei und er sie daher gefragt, sie aber hartnäckig geläugnet habe, schwanger zu seyn; allein! der Vater ist nicht die Obrigkeit, von welcher das Edikt redet, sondern es ist damit ohne Zweifel die Behörde verstanden, welcher von Amtswegen die Frage zusteht, beziehungsweise die Abwandlung des Vergehens zukommt. (Schluß folgt.)

*) Daß das „Verschweigen" eine Befragung voraussetze, ist wohl nicht richtig. Wird etwas auf Befragen verneint, so ist es nicht blos verschwiegen, sondern abgeläugnet.

Das Verschweigen, wovon unter d. die Rede ist, bildet vielmehr den Gegensatz von der unter a. erwähnten Anzeige. Unter b. und c. ist von den Fällen der Nichtanzeige oder Verschweigung die Rede, die Bestimmung unter c. ist nur eine Qualifikation der Verschweigung oder Nichtanzeige. Die Red.

II.

Compekenzfrage.

A, ein Ausländer, ist wegen eines im Großherzogthum begangenen Verbrechens vom Hofgerichte verurtheilt und aus dem Lande verwiesen, und das Urtheil ihm durch das Amt C verkündet worden. Einige Jahre später erfolgte bei diesem Amte C eine Anzeige von einem Gensdarmen, daß A das Großherzogthum wieder betreten und sicherm Vernehmen nach in Pf. zu treffen seyn werde; das Amt C möge an das (in ein anderes Hofgericht gehörige) Amt Pf. schreiben, damit A wegen Bruchs der Landesverweisung untersucht und bestraft werde. Ihm, dem Anzeiger, möge man seiner Zeit vom Erfolg Nachricht geben. Das Amt C. requirirte nun das Amt Pf., den A zu arretiren und ihn, dem Amte C, denselben zur Untersuchung zu überliefern. Das Amt Pf. entsprach dem Begehren. Der von ihm arretirte A gab vor demselben (dem Amt Pf. nämlich), in dem mit ihm vorgenommenen Informativverhör an, daß er schon früher in demselben Orte, wo er jetzt betreten worden, ¾ Jahr und vorher ¾ in Karlsruhe gearbeitet habe und jetzt blos aus seiner Heimath (Rheinbaiern) nach Würtemberg habe durchreisen wollen. Das Amt C führte mit dem ihm überlieferten Inkulpaten die Spezialuntersuchung und legte sofort die Akten dem ihm vorgesetzten Hofgerichte B zum Erkenntniß vor. Dieses sprach, gegen das aufgeworfene Bedenken, daß die von dem inkompetenten Amte C geführte Untersuchung als nichtig aufzuheben und der Inkulpat dem Amte Pf. zurückzuliefern sei, damit dort die Untersuchung gepflogen und vom kompetenten Hofgerichte erkannt werden könne —, die gesetzliche Strafe auf die vorliegende Untersuchung hin aus, gegen welche übrigens kein Rekurs ergeiffen wurde.

War nun das Amt C zur Untersuchung und das demselben vorgesetzte Hofgericht B zur Entscheidung zuständig?

Anm. der Red. — Ich würde diese Frage verneinen. Wenigstens kann ich mir nicht vorstellen, welchen Titel das Amt C (und damit das Hofgericht B) für seine Kompetenz haben könnte, wenn der Ausländer A weder in jenem Bezirke ergriffen wurde, noch dort überhaupt die Landesverweisung übertrat, also das Verbrechen verübte.

Der Umstand, daß A früher in C wegen eines andern Verbrechens (wegen dessen die Landesverweisung gegen ihn ausgesprochen wurde) in Untersuchung war, kann natürlicherweise die Competenz des nämlichen Amtes in Bezug auf ein später verübtes anderes Verbrechen (des Landesverweisungsbruchs) nicht begründen.

In Bezug auf den Landesverweisungsbruch sind diejenigen Aemter zuständig, in deren Bezirken der Verwiesene erschien, wo er also das Verbrechen verübt hat. M. s. die Erläuterungen v. 1812. §. 2. Hat er, indem er das Land durchzog, das Verbrechen in mehreren Bezirken verübt, so entscheidet nach dem §. 3 der Erläuterungen unter den Aemtern dieser verschiedenen Bezirke die Prävention.

Die Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 19. Oktober 1839.

I.

Untersuchung gegen Katharina Schmalz, deren Mutter und Barbier Kanz von Lehengericht und Schiltach, wegen angeschuldigter heimlicher Schwangerschaft und Niederkunft, versuchter Abtreibung der Leibesfrucht und Tödtung des Kindes durch Erwürgen, beziehungsweise Theilnahme.

(Schluß.)

Die heimliche Niederkunft macht für sich allein, ohne die Verschweigung der Schwangerschaft vor der Obrigkeit, nicht das peinliche Verbrechen des Edikts aus. In Beziehung auf die hülflose Niederkunft aber ist zu erwägen, daß die Zurechnungsfähigkeit der Inkulpatin, wo nicht ganz aufgehoben, doch sehr geschwächt war, indem sie — zumal als eine Person, die zum erstenmal schwanger und mit dem Geburtsgeschäft nicht bekannt war, — von den Wehen der zu früh eingetretenen Geburt so überrascht und angestrengt wurde, daß sie — nach ihrem eigenen Ausdrucke — in einen Zustand von „Dummheit" gerieth und nach den übereinstimmenden Gutachten der Medicinalreferenten während der Niederkunft und unmittelbar nachher ihr Zustand klarer Erkenntniß getrübt war. Eine absichtlich herbeigeführte hülflose und heimliche Geburt ist gegen die Inkulpatin nirgends erwiesen, vielmehr machen es alle Umstände wahrscheinlich, daß die Mutter mit dem Zustande ihrer Tochter genau bekannt war und bei der Geburt des Kindes so wie dessen Wegschaffung mitwirkte, sie konnte daher mit Recht meines Erachtens des angeschuldigten Verbrechens der heimlichen Schwangeeschaft und Niederkunft nicht für schuldig erkannt und in eine Zuchthausstrafe verurtheilt werden — in eine Strafe welche, für die bürgerliche Ehre und übrigen Lebensverhältnisse des Menschen so nachtheilige Folgen mit sich führt. Daß übrigens die im Edikt zu einem Verbrechen gestempelten Handlungen nach vernünftigen Principien der Strafrechtstheorie nicht als ein eigenes Verbrechen angesehen, sondern nur in gewissen Fällen, wo die absichtlich verheimlichte Schwangerschaft und Geburt erwiesen ist, als Judicien dienen und die Wahrscheinlichkeit eines attentirten oder vollbrachten Kindsmords begründen können, habe ich in einer ähnlichen Untersuchungssache, welche mit dieser zugleich zum Druck eingesandt wird, näher ausgeführt.

Ad b) ist die Untersuchung wegen Abtreibung der Leibesfrucht durch eine vage Angabe der Katharina Schmalz selbst bei ihrem Wächter und Führer auf dem Transport aus ihrer Heimath nach dem Gerichtsort H. und ins Gefängniß veranlaßt, dem sie erzählte, sie habe vom Barbier K. eine Arznei bekommen, von welcher sie so angegriffen worden, daß sie beinahe zu Grunde gegangen sei, auch habe derselbe ihr zur Ader gelassen. Der Wirkung der Arznei schreibe sie ihre zu frühe Niederkunft zu. Im Verhör hat sie ihre Angabe umständlich dahin erklärt: weil sie bisweilen unwohl gewesen, habe ihre Mutter ihr den Rath gegeben, zur Ader zu lassen, was vor 6 bis 8 Wochen in Schr. geschehen sei. Weil diese Aderlässe nichts geholfen, habe sie sich am Freitag vor 14 Tagen vom Barbier Kanz zur Ader gelassen, der sie gefragt: ob sie nicht schwanger sei? weil es ihr beim Aderlassen übel geworden. Sie habe dem Kanz ihre Schwangerschaft gestanden, worauf er gesagt, er wolle ihr etwas geben, wovon es ihr besser werden solle, das Kind werde abgehen, wenn sie das Wasser trinke, welches heiß über die Kräuter gegossen werde, die er ihr gebe. Wirklich habe er ihr eine starke Hand voll dürre Kräuter eingehändigt und sie geheißen, solche in etwas mehr als einer halben Maß Wasser eine viertel Stunde lang zu kochen und dieses Wasser, wenn es kalt geworden sei, nach und nach zu trinken. Sie habe gethan wie Kanz verlangt und in anderthalb Tagen das Kräuterwasser getrunken, worauf sie nach ein paar Stunden niedergekommen sei. Im Anfang des Trinkens habe sie keine Schmerzen gehabt, aber als sie bald mit dem Tranke fertig gewesen, solche Leibesschmerzen bekommen, daß sie gemeint, es wolle ihr alles zerreißen, und ehe die Schmerzen nachgelassen haben, sei das Kind zur Welt gekommen,

Digitized by Google

daß nach ihrer Rechnung noch 3 Wochen hätte ausbleiben sollen. Sie habe sich lange geweigeet den Teank zu nehmen, endlich abee dem Zuredeen des K. untee großem Schreien nachgegeben. Auch ihre Mutter habe nicht leiden wollen, daß sie den gekochten Trank schlucke und darüber K. mit ihr gezankt. Die Kräutee seien in kleinen runden Scheiben bestanden und hätten einen sehe bittern Geschmack gehabt. Im Hause des K. habe sie diese Kräuter bekommen, woselbst sie schon früher eine von ihm beeeitete Arznei genommen habe. K. sei anwesend geblieben bis sie 2 bis 3 Gläser voll getrunken gehabt, wovon sie so angegriffen worden, daß sie nicht mehe habe eeden können, ihr schwaez vor den Augen und sie beräubt woeden sei. Ihre Eltern, die damals noch zugegen gewesen seien, habe sie nicht mehr erkannt, und erst, als sie ein Kind bekommen, sei sie zu sich gekommen, doch ganz verwiret und von ihren Eltern, so wie von Kanz verlassen und allein gewesen.

Diese Angaben dee Kath. Sch., welche in Ansehung des Oets, der Zeit und andeeer Umstände miteinandee im Widerspruche stehen, tragen das Gepräge dee Unwahrscheinlichkeit an sich, daß Kanz ihr Abtreibungsmittel gegeben habe; sie scheinen vielmehe das Ergebniß eines geteübten Seelenzustandes zu seyn, wie denn auch K Sch. selbst äußerte, daß sie auf den Genuß des Trankes durch die Schmerzen und eingeteetene Geburt verwirrt geworden sei. Ihre vagen, in jenem folgenden Verhör vaeiirenden und abentheuerlichen Erzählungen und der Umstand, daß Kanz wegen Ueberschreitung der Licenz wiedeeholt polizeiliche Rügen erhalten hatte, waren bei weitem keine hineeichenden Geünde zu dem von dee Bezirksbehörde gegen letztern eingeleiteten Veefaheen mit peesönlichee Haft und peinlichee Untersuchung, welche schon beschlossen wae, ehe noch die angeoednete Haussuchung zur Auffindung von Aboetivmitteln voegenommen wae.

Kanz stellte auch durchaus in Abrede, was Kath. Sch. nachtheiliges gegen ihn angegeben hat, und erkläete die Sache also: er habe der Kath. Sch. auf Verlangen ihree Mutter einmal zue Ader gelassen, und weil die Muttee gesagt, ihr Mädle habe schon ein halbes Jahe ihe Sach nicht mehe, so habe er ihr einen Blutverdünnenden Thee von Süßholz, Bäemutterwuezel, Bitterfüß und Hollunderblüthe gegeben. Etwas treibendes sei nicht darunter gekommen. Von einer Schwangerschaft der Kath. Sch. habe er nichts gewußt, vielweniger zur Abteeibung geeathen und Mittel veroednet.

Im Wesentlichen stimmt auch die Aussage der Mutter der Kath. Sch. mit der Vernehmlassung des Kanz überein. Zuerst kam die Mutter zum Kanz und verlangte, daß er die Tochter schröpfen solle, weil sie geschwollene Schenkel habe, woeauf er derselben 4 Schröpfköpfe ansetzte. Den Sonntag darauf kam die Muttee wieder und verlangte eine Aderlässe für die Tochter, weil es sich nicht bei ihr gebessert habe. Am Dienstag darauf that er dies und zu gleicher Zeit hieß ihn die Mutter, der Tochter einen Thee zu geben, weil sie schon ein halbes Jahe ihee Sach nicht mehe gehabt habe. Auf dies Veelangen hat er durch das Hefenmädle Creescenz N. die Kräuter geschickt und ist nicht mehe in die Wohnung der Sch. sowie Niemand mehe von ihe zu ihm gekommen. Selbst Kath. Sch. hat im letzten Verhör zugegeben, daß das s. g. Hefenmäele die Kräutee von Kanz gebracht habe.

Den wichtigsten Beleg gegen die Anschuldigung wegen angewandten Abortivmitteln liefert überdieß das Gutachten des Hofger.-Medizinal-Referenten, womit auch die großh. Sanitätscommission einverstanden ist; darum wird die aufgestellte Frage: ob die Geburt durch Medicamente früh- und vorzeitig herbeigeführt worden? also beantwortet: „die Geburt scheint einen ganz normalen, nicht beschleunigten Verlauf gehabt zu haben und in Begleitung derselben bestanden keine ungewöhnliche Blutflüsse, noch gingen diese voran oder folgten nach. Die Schmerzen schienen mit den gewöhnlichen Geburtsschmeezen (Wehen) im Verhältniß gewesen zu seyn. Nervenzufälle, Krämpfe, kurz gefahrdrohende, stürmische Vorgänge während des Geburtsgeschäfts waeen nicht vorhanden. Geburten, welche durch Abortivmittel herbeigeführt weeden, sind gewöhnlich mit Zufällen von Blutung, Krämpfen, Entzündung u. deegl. begleitet. Dadurch wird die Ansicht, daß die Geburt durch Medikamente heebeigeführt wurde, zweifelhaft. Aber als unwahrscheinlich stellt sich dieselbe noch mehr dar, wenn man deeücksichtigt, daß kein eigentliches Aboetivum in Anwendung kam. Die vorgefundenen Arzneien, aus welchen muthmaßlich der Trank bestanden, waren Aethusa meum, Iris florentina und convallaria polygonatum. Diese Mittel sind ihree Wirksamkeit wegen beinahe außer pharmaceutischem Gebrauch. Aethusa meum hat nach Angabe älterer Aerzte scharfe, schleimzertheilende Bestandtheile. Sie soll die Harn-Absonderung, Schweiß beföreen, Magen stärkend seyn und in geringem Grade auf die Beförderung der Menstruation wirken. Iris florentina wird bei Asthma und, um die Secretion der Respiations-Organe zu beföedern, zuweilen angewendet, wird jedoch nicht als Mittel, um Abortus zu erregen, beteachtet. Convallaria polygonatum wurde zu erweichenden Umschlägen in früheeee Zeit gebraucht, hat jedoch gae keine die Menstruation befördernde Eigenschaften. Ein Teank, durch Abkochung der diee verzeichneten Mittel bereitet, vermochte nicht, so schnell Abortus heebeizuführen. Es

Digitized by Google

fragt sich aber: ob der Abortus nicht durch die Blutentziehungen oder durch starke Abführmittel, nämlich die Aloe, herbeigeführt worden? Es wurde zweimal in verschiedenen Perioden der Schwangerschaft zu Adergelassen. Die Blutentziehungen haben keinen Zustand der Schwäche herbeigeführt, durch welchen die Leibesfrucht gefährdet wurde. Sie haben den Abortus nicht veranlaßt. Wären purgirende Mittel gebraucht worden, so würden Durchfälle der Frühgeburt vorangegangen seyn, was hier nicht Statt fand. Es stellt sich vielmehr als wahrscheinlich dar, daß die zu frühe Geburt ihren Grund in andern Verhältnissen gehabt haben mochte, welche keine Schuld für die Inkulpatin begründen.

Hiernach fehlt es an dem objektiven sowie an dem subjektiven Thatbestand einer Kindesabtreibung oder auch nur eines Versuchs durch Anwendung von Abortivmitteln, daher in dieser Hinsicht gar kein Grund zu einem peinlichen Erkenntniß vorhanden.

Ad c) Ebenso verhält es sich mit der Anschuldigung der Tödtung des neugebornen Kindes durch Erwürgen. Vor Allem steht 1) einer solchen Anschuldigung das Gutachten des Medizinal-Referenden — welchem die großh. Sanitätskommission vollkommen beipflichtet — entgegen. Es lautet also: die Frage, „ob das Kind nach der Geburt gelebt habe?“ läßt sich durch medizinisch-physische Gründe nicht mit Bestimmtheit bejahend behaupten, vielmehr stellt sich als wahrscheinlich dar, daß das Kind todt zur Welt kam. Für diese Ansicht spricht Folgendes: a) die Lungenprobe vermag hier nicht zu entscheiden, da offenbar die Fäulniß diejenigen Resultate unsichee macht, welche sonst die Athmungsprobe liefert. Das Inspektions-Protokoll zeigt, daß die Haut abging, daß das Gehirn zerfloß — ein Zeichen der Fäulniß — daß Luftbläschen auf der Oberfläche der Lunge und längs der Einschnitte zwischen den einzelnen Lungenlappen sich darstellten. Nicht nur die Lungen schwammen, sondern auch andere Organe für sich allein, was doch nur in Folge der Fäulniß Statt finden konnte; so die Thymusdrüse und das Herz. Das Schwimmen der Lunge kann demnach hier keinen Beweis für stattgehabtes Athmen abgeben, da es mehr als die Folge der durch Fäulniß bewirkten Gasenwickelung zu betrachten ist. Die ausgedrückten Stückchen der Lungen sanken zu Boden. b) beim Ausdrücken der Lungenläppchen entwickelten sich Luftblasen, aber man konnte keine blutige, schäumige Flüssigkeit hervordrücken. Wenn die Respiration Statt gefunden hat, so ist die Lunge blutreicher und es wird eine blutige, schäumige Flüssigkeit hervorgedrückt werden können. c) die Kürze des Thorax, die hohe Stellung des Zwerchfells, die zurückgesunkene Lage der Lungen, der unbedeckte Zustand des Herzbeutels, alle diese Verhältnisse sprechen gegen die Ansicht, daß das Kind nach der Geburt geathmet und gelebt habe. d) eben so der Umstand, daß bei ununterbundener Nabelschnur keine Zeichen der Verblutung an der Leiche sich darstellen. Es müsse allerdings zugestanden werden, daß die Art der Trennung durch Zerreißung die Blutung hätte abwenden können, dagegen aber sei zu bemerken, daß, wenn die von den Gerichtsärzten angeführte Todesart durch Erwürgen, resp. allmähliges Ersticken Statt gefunden hätte, die Blutung begünstigt worden wäre. e) der entleerte Zustand der Harnblase ist ein Umstand, welcher nach der Ansicht aller Gerichtsärzte für sich nichts zu beweisen vermag, da nach dem Tode durch Druck, durch die Lage der Leiche diese Entleerung geschehen kann. f) Blutunterlaufungen können vor vollendeter Geburt erfolgen. Sie vermögen hier nichts zu beweisen. Aus dem Angeführten erhellt, daß alle Verhältnisse wahrscheinlich machen, daß das Kind todt zur Welt kam. In wie weit die Angabe der Inkulpatin, daß das Kind gezappelt und schwach geschrien habe, Glauben verdient? vermag der Medizinal-Referent nicht zu unterscheiden, bemerkt jedoch, daß diese Angabe erst allmählich sich bildete, daß Zeit, Ort und Umstände beinahe unmöglich machten, einer Person, welche durch körperliche Schmerzen in hohem Grade ergriffen war, welche ohne Beistand sich befand, schwache Lebensäußerungen des Kindes wahrzunehmen. Daraus ergibt sich, daß der Tod vor vollendeter Geburt eingetreten und eine gewaltsame Todesart nicht Statt gefunden hat. Da die Gerichtsärzte das Gegentheil behaupten, und selbst Inkulpatin in ihren Aussagen mit den Gerichtsärzten übereinzustimmen scheint, hält der Medizinal-Referent es nothwendig, diesen Umstand näher zu prüfen. Die Gerichtsärzte begründen ihre Ansicht, daß der Tod durch Erwürgen erfolgte, dadurch: daß 1) beiderseits am Halse Blutunterlaufung sich vorfand; 2) daß Blutüberfüllung im Sichelfortsatz, in der weichen Hirnhaut und im Gehirn Statt fand. Allein, diese Verhältnisse geben keinen positiven Beweis. Die Blutunterlaufung zeigte sich beiderseits hinter dem Winkel des Unterkiefers. Durch solchen Druck kann die Respiration nicht gehemmt werden. Der Druck konnte auf diese Weise angebracht, die Luftröhre und den Kehlkopf nicht berühren. Auch die großen am Halse vorlaufenden Gefäße konnten an diesen Stellen, da sie zur Seite des Kehlkopfs vorlaufen, einem Apoplexie veranlassenden Druck auf diese Weise nicht erlitten haben. Nimmt man Rücksicht auf die Angabe der Inkulpatin, daß sie einen Druck unter dem Kinne anbrachte, so stimmt diese nicht überein mit der Stelle, wo die Blutunterlaufungen sind, auch zeigten sich Kehlkopf und Luftröhre unverletzt. Die Gerichtsärzte glauben den Tod durch Erwürgen, durch den

Digitized by Google

Blutreichthum der weichen Hirnhaut und des großen Blutleiters begründen zu können; allein, diese Theile sind an sich blutreich; wogegen weder Blutaustritt noch Blutüberfüllung im Gehirn, vielmehr das Gegentheil sich vorfand, so daß nach solcher Beschaffenheit weder auf apoplectischen Tod noch auf Erstickungstod geschlossen werden kann. Ueber die Zugeständnisse der Inkulpatin muß Zweifel obwalten, da sie nach Ort, Zeit und Umständen schwache Lebensäußerungen zu beobachten nicht vermochte und in einem Zustande von Dummheit sich befand, womit sie deutlich ausspricht, daß der Zustand klarer Erkenntniß getrübt war.

3) Da nach diesem Gutachten der Medizinal-Referenten der objektive Thatbestand einer Tödtung nicht vorhanden ist, so konnte auf ein von der Inkulpatin abgelegtes Geständniß der Tödtung wenig Gewicht gelegt werden, wenn es auch an Form und Inhalt die Merkmale der Wahrscheinlichkeit an sich teüge, was jedoch hier der Fall nicht ist, vielmehr sind ihre Angaben über diese Tödtungsart ihres Kindes, wo möglich, noch auffallender und widersprechender als jene über die versuchte Abtreibung der Leibesfrucht.

Zuerst gab sie an: das Kind sei, als sie durch den Bach ging und über die Steine fiel, von ihr gegangen, aber nicht leicht, das angelaufene Schwellwasser habe das Kind fortgetrieben und sie solches nicht fangen können, weil das Floß über sie hinausgekommen sei. Erst im zweiten Verhör gestand sie, nicht im Wasser, sondern Abends in ihrer Kammer vor dem Bett nieder gekommen zu seyn, und das Kind, als es ein wenig Nacht war, in die Schiltach geworfen zu haben, welches beim hineinfallen gezappelt aber nicht mehr geschrieen habe. Sie wiederholte im nämlichen Verhör dieß Geständniß mit dem Beisatze: sie habe das Kind lebend in die Schiltach geworfen, damit es zu Grund gehe. Im dritten Verhör wich sie vom vorigen Geständniß zum Theil ab und setzte noch bei: nach der Niederkunft sei sie ganz verwirrt gewesen, habe, als das Kind zur Welt gekommen, die Nabelschnur an ihrem Leibe abgerissen, das Kind mit der einen Hand am Hals und mit der andern beim Hintertheil ergriffen und es in die Schiltach vor ihrem Hause getragen. Das Kind habe gezappelt aber wenig geschrieen, obgleich sie ihm den Hals nicht arg zugedrückt. Sie wisse nimmer, wie es ihr damals gewesen sei, vielleicht habe sie das Kind nur am Hals heben wollen, wenigstens wisse sie nicht, daß sie es habe würgen wollen. Sonderbar klingt die Antwort, welche sie unmittelbar nach diesem Geständniß auf die Frage: ob sie sonst nichts anzugeben habe? dahin gab, daß sie ihre Strafe mit Geld abmachen möchte.

Im vierten Verhör wiederholte sie auf Befragen ihr letztes Geständniß, erklärte aber, es sei, was sie gethan, in der Dummheit und Verrücktheit geschehen. Man machte ihr den Vorhalt: „Ihr wißt wohl, was Ihr gethan habt, Eure Verrücktheit muß nicht von Bedeutung gewesen seyn. Man glaubt Ihr dieß nicht, und es kann die angebliche Bewußtlosigkeit Ihr nicht zur Entschuldigung gereichen, weil nach dem Augenschein und dem Gutachten der Gerichtsärzte Ihr Kind erwürgt worden. „Sie erklärte darauf wieder, sie könne das Kind in der Dummheit erwürgt haben, ohne es zu wissen. Sie habe das Kind am Halse gehabt, doch wegen der Nacht nicht genau sehen können, was das Kind dabei that. „Glauben Sie mir, ich war von Sinnen!“ versicherte sie den Untersuchungsrichter, „aber es ist mir nachher wieder gekommen.“ Sie bemerkte weiter, abweichend von ihrer früheren Angabe, daß, wie das Kind auf die Welt gekommen, es geschrieen und ein wenig gezappelt habe, nicht aber, wie sie es in's Wasser geworfen. Wenn sie früher anders gesagt, so habe sie nur gemeint, daß es ein bisle gezappelt. Auch im Schlußverhör vor Urkundspersonen hat sie darauf beharrt, daß sie in der Dummheit ihr Kind erwürgt habe.

Folgende Betrachtungen werden genügen, zu zeigen, daß aus den Angaben der Inkulpatin über die Tödtung ihres Kindes durch Erwürgen kein vollgiltiges Geständniß der That hervorgehe. a) Soll nemlich ein Geständniß von irgend einer Art im peinlichen Verfahren nicht ohne allen Werth seyn, so muß es von einer Person abgelegt seyn, welche fähig ist, die Wahrheit einer Thatsache wahrzunehmen und das Wahrgenommene auch richtig wieder mitzutheilen. Inkulpatin befand sich — was wohl zu merken ist — zum erstenmal im Zustande der Schwangerschaft und wurde von den Schmerzen der zu früh eingetretenen Geburt so stark ergriffen, daß sie von Sinnen kam und mit Bestimmtheit nicht beobachten konnte, ob das Kind nach der Geburt Zeichen vorhandenen Lebens durch Schreien oder Zappeln gegeben habe. Ihrer vermeintlichen That des Erwürgens fügt sie daher öfter die Versicherung bei, daß sie es in der Dummheit, Verrücktheit gethan habe und erst nachher wieder zu sich gekommen sei, als sie einige Stunden im Bett gelegen. Es war der Zustand klarer Erkenntniß getrübt — so sprechen sich die Gutachten der Medizinal-Referenten aus. — Es würde daher die Zurechnungsfähigkeit für die That der Inkulpatin fehlen, wenn sie auch bewiesen wäre. b) Da Inkulpatin die Ereignisse bei der Niederkunft und nach derselben nicht mit hellem Verstande auffassen und ihre Handlungen nicht überlegen konnte, so ist sie auch nicht im Stande, darüber ein zuverlässiges Geständniß abzulegen. Daher lassen sich die häufigen Variationen, Unbestimmtheiten und Widersprüche in den wiederholten Verhören erklären. Ein Geständniß soll bestimmt und klar seyn, dem vorliegenden Geständnisse aber

Digitized by Google

fehlt es an beiden Eigenschaften. Einmal sagt Inkulpatin, sie habe das Kind lebend in's Wasser geworfen, das anderemal will sie es vorher erwürgt haben. Zuerst soll das Kind noch gezappelt haben, als sie es in's Wasser warf, später aber giebt sie an, das Kind habe nur ein wenig geschrien und gezappelt, als es auf die Welt gekommen sei, beim Werfen ins Wasser nicht mehr. Mit ihren öftern Angaben, das Kind absichtlich erwürgt zu haben, steht ihre Bemerkung im offenbaren Widerspruch: sie könne das Kind in der Dummheit erwürgt haben, ohne es zu wissen. Sie habe das Kind am Halse gehabt, aber wegen der Nacht nicht genau sehen können, was das Kind dabei that. Eben so unbestimmt und widersprechend sind ihre Antworten auf die an sie gestellte Fragen über den Beweggrund ihrer That. Zuerst schützte sie Furcht vor Mißhandlungen von Burschen vor, die in der Wirklichkeit nicht begründet war, später will sie in den heftigen Gebuetsschmerzen sich des Raths von K. erinnert haben, ihr Kind umzubringen, eines Raths, dessen sie den K. nicht beschuldigt hatte und für dessen Wahrheit nirgend ein Grund vorliegt. Ueberhaupt scheinen ihre Angaben mehr ein Gebilde der Phantasie als eine verständige Erzählung von bestimmten und wahrhaften Thatsachen zu seyn und die Ursache dieser räthselhaften Aeußerungen der Inkulpatin theils in ihrem krankhaften Zustande zur Zeit der Untersuchung und theils in der Art und Weise der gegen sie angestellten steengen und lange dauernden Prüfung zu liegen, denn in der ersten Hinsicht bemerkt das Verhör-Protokoll vom 10. August, daß vermög der ärztlichen Visitation die Krankheit der Inkulpatin als Entzündung der Gebährmutter sich darstelle. Daher die Inkulpatin nicht nach H. . . habe transportirt werden können, sondern im Staabswirthshause in Sch. untergebracht und in die Pflege der Hebamme gestellt worden sei. Mit dieser zweckmäßigen, durch die Humanität gebotenen Vorsichts-Maßregel für die kranke Wöchnerin läßt sich aber das gleichzeitige Verfahren des Amts nicht wohl vereinbaren, daß die Kranke nach „eindringlicher Ermahnung zur Wahrheit" (wie das Prot. pag. 60 sagt) ins Verhör genommen worden ist. Ein schleuniges Verhör war durch die Umstände nicht geboten, dagegen die Ruhe der Kranken zu ihrer desto bäldern Wiedergenesung. Dieses zu rasche, unter den obwaltenden Verhältnissen nicht zu billigende Verfahren konnte die Einbildungskraft der kranken Person leicht und um so mehr mit dem Gebilde der Ermordung ihres Kindes erfüllen, weil die erhobene Thatsache, daß ihr Kind in's Wasser geworfen und todt herausgezogen worden, genug Anlaß zum Argwohn einer oder der andern gewaltsamen Todesart des Kindes gab. Die folgenden Verhöre mit zudringlichen Instanzen waren dazu geeignet, die Inkulpatin selbst in der Meinung einer Kindsmörderin zu bestärken. Solcher Vorhalte mögen hier nur zwei (Frage 46 und 47) angeführt werden: „Nie glaubt man Ihr dieses, und die angebliche Bewußtlosigkeit könnte Ihr nur dann zur Entschuldigung gereichen, wenn die Todesursache Ihres Kindes in einer Unterlaßung, z. B. in der Versäumung der nöthigen Hilfe läge. Nach dem Augenschein und Gutachten der Gerichtsärzte ist aber Ihr Kind erwürgt worden."

„Ihr habt einen Trank genommen in der Absicht und Ueberzeugung, dadurch Euch Eures Kindes zu entledigen. Vollkommen stimmt damit überein, daß Ihr das Kind, wie es lebend zur Welt kam, erwürgtet. Hierin liegt eine ganz verständige Ausübung Eures Vorhabens und ganz das Gegentheil Eurer Dummheit."

Der erste Vorhalt konnte keine nothwendige Folgerung aus dem Geständnisse der Inkulpatin, ihr Kind erwürgt zu haben, seyn, weil solches, wie oben ersichtlich, mit Zweifeln und Beschränkungen in sub- und objectiver Hinsicht begleitet ist, welche einen Schluß auf die That selbst unsicher machen. Ueber solche Einschränkungen, die mit dem Geständnisse im Zusammenhang stehen, darf man sich keineswegs hinwegsetzen — P. G. O. Art. 131, Martin Lehrb. d. gem. deutsch. Crim. Pr. §. 73, S. 131. — Der zweite Vorhalt über die Anwendung von Abtreibmitteln, konnte eben so wenig auf die unzuverläßigen und widersprechenden Angaben der Inkulpatin gegründet werden, wodurch sie eher eine Schuld auf den ohnedies als Pfuscher und Trunkenbold verrufenen Barbier K. wälzen, als gegen sich selbst ein Verbrechen angeben wollte. Es wurde dabei übersehen, daß, wenn sie früher ein solches Bekenntniß abgelegt, sie solches durch ihre Bemerkung (pag. 165) „sie habe die Kräuter von K. nicht genommen" widerrufen hatte. Es wäre daher zweckmäßiger gewesen, die Inkulpatin auf ihre Widersprüche aufmerksam zu machen und sie zur Begründung des Widerrufs zu veranlassen. Bei dem kathegorischen Ausspruche der Gerichtsärzte über den Gebrauch von Abortiv-Mitteln und der Tödtung eines lebend zur Welt gebornen Kinds, durch Erwürgen war allerdings Grund zur Special-Untersuchung gegen Inkulpatin vorhanden, damit ist aber das strenge Verhör, worin die Angaben der Inkulpatin über ihren Seelenzustand während und nach der Geburt geradezu verworfen und für unwahr erklärt worden sind, nicht zu rechtfertigen und erscheint als eine Geistes-Tortur, welche auf die Willensfreiheit eines zudem vermuthlich nicht sehr verständigen und unerfahrenen Mädchens störend eingewirkt hat, denn sie scheint keine klare Vorstellung von der Schwere und Strafwürdigkeit der ihr angeschuldigten Verbrechen zu haben, besonders wenn man erwägt, daß sie zur Hebamme gesagt hat, sie wolle ihre Strafe mit Geld abmachen oder abverdienen, und diese Erklärung in den amtlichen Verhören wiederholt hat. c) Fehlt es dem vermeintlichen Ge-

Digitized by Google

ständnisse der Inkulpatin an der objektiven Begründung, an der materiellen Wahrheit, indem die Ansicht der Gerichtsärzte übee das Leben des neu gebornen Kindes und dessen gewaltsame Todesart durch die Gutachten der Medizinal-Referenten und der großh. Sanitätscommission — wie oben ersichtlich — als unrichtig befunden und widerlegt worden ist. Daher kann auf keinen Fall, wenn auch ein unumwundenes Geständniß der That von der Inkulpatin vorläge, solchem richterlicher Glaube beigemessen werden. — Maetin loc cit. v. Globich, Verfasser einer Theorie d. Wahrsch. I. Th. S. 145 und ff. Stübel Crim. Verf. II. §. 1066 u. f. f.

Donsbach.

II.

Zueignungsklage.

In dem Aufsatze IV. in Nr. 25 der Annalen des laufenden Jahrs hat Hofg.-Assessoe Mayer die Erfordernisse der Zueignungsklage, und insbesondere die Art, wie ein behauptetee Besitz oder eine Verjäheung thatsächlich zu begründen ist, dargestellt.

Das, was er von dee Zueignungsklage sagt, scheint mir nun nicht ganz richtig zu seyn.

Richtig ist zwar, daß Derjenige, welchee ein liegendes Eigenthum erwirbt, seinen Titel nach § 25 des 2ten Einf.-Edikts in das Grundbuch eintragen lassen muß, ehe er das erworbene Eigenthum vor Gericht geltend machen kann, daß er also in der Zueignungsklage (rei vindicatio) den Einteag des Titels, worauf er dieselbe gründet, in das Grundbuch mit anführen muß.

Eben so richtig ist der angegebene weitere Unterschied zwischen dem gemeinen Recht und unserm badischen Recht, daß nach dem letztern (S. 1138 und 1583) die Uebergabe des erworbenen Guts zum Eigenthumsübeegang desselben nicht nöthig ist, jene Uebergabe also in der Zueignungsklage auch nicht angeführt werden muß.

Aber uneichtig ist es, wenn gesagt wird, daß es darnach zur Begründung dieser Klage

„nue dee Anführung des Vertragsinhalts"

(und des Eintrags desselben) bedürfe.

Gegen den Titelgeber, von dem man das Eigenthum erworben hat, kann man zwar auf den bloßen Vertrag hin durch die Vertragserfüllungsklage die Ausfolgung des im Verteag zu Eigenthum übertragenen Guts fordern; aber wenn es sich um eine Zueignungsklage, rei vindicatio, also um eine Klage gegen einen dritten Besitzee handelt, so ist solche durch den bloßen (wenn auch im Grundbuch eingetragen) Vertrag nach badischem so wie nach gemeinem Rechte, noch keineswegs begründet.

Gegen den beklagten Besitzer ist dieser Vertrag eine res inter alios acta, gegen ihn kann dadurch das den Klaggrund ausmachende Eigenthumsrecht des Klägers nicht dargethan werden. Der Kläger muß zugleich begründen und beweisen, daß sein Titelgeber, von dem ee seine Rechte ableitet, auch selbst das Eigenthum hatte, daß ee es also von demselben erweeben konnte, — oder daß er (der Kläger) selbst auf den Grund jenes Titels nach S. 2265 durch zehn- beziehungsweise zwanzigjährigen Besitz das Eigenthum erworben habe.

Die eine oder andere dieser Thatsachen ist zur Begründung der Zueignungsklage mitanzuführen, und wenn die Erstere, daß nämlich der Titelgebee (Vorfahrer) des Klägers das Eigenthum gehabt habe, behauptet wird, so ist, um dieß durch spezielle Thatsachen zu begründen, auch anzuführen, wie derselbe dieses Eigenthum erworben habe. Hatte der Vorfahrer das Gut durch einen Vertrag erworben, ohne damit durch einen, auf solche Weise titulirten Besitz von zehn- beziehungsweise zwanzig Jahren, nach S. 2265 das Eigenthum ersessen zu haben, so kann der Kläger, um das Eigenthum zu begründen, seinen eigenen Besitz jenem des Vorfahrers hinzurechnen, oder sofern auch dies nicht hinreicht, auf den Titel und Besitz vom Vorfahrer seines Titelgebers zurückgehen.

Ist dem Kläger in solcher Weise der Beweis des Eigenthumsrechts nicht möglich oder zu umständlich, so kann er, wie ihm nach gemeinem Rechte auch die actio publiciana statt der rei vindicatio diente, in ähnlicher Weise seine Klage nach S. 544 e, Abs. 2 nur auf den stärkeren Besitz gründen. Dazu genügt es, wenn der Titel auch nue von einem, wenigstens ein Jahr langen Besitz begleitet, und diesee Besitz noch nicht schon ein ganzes Jahr lang wieder verloren ist.

Auch hier ist übrigens außer dem Titel immerhin noch ein, wenn gleich kürzerer Besitz erforderlich, und der alleinige Vertrag kann gegen den dritten Besitzer als solchen weder die eigentliche Zueignungsklage, noch jene der Publizianischen ähnliche Klage des S. 544, Abs. 2 begründen.

Selbst der Eintrag in das Grundbuch vermag dem Vertrage eine solche Wirkung nicht zu geben. Dieser Eintrag ist nur die Bedingung, ohne welche der Erweebee sein liegendes Eigenthum nicht geltend machen kann, soweit er solches im übrigen sonst rechtlich zu begründen vermöchte. Der Eintrag gibt also dem Erwerber kein Klagrecht, und wenn er das eingeteagene Recht, zu dessen Geltendmachung er durch den Eintrag erst befugt wird, nun wirklich verfolgt, so fragt es sich immerhin erst, ob das Recht, abgesehen vom Eintrag, an und für sich selbst auch begründet sei. D. Red.

Digitized by Google

III.

Fragen,

die Anwendung des neuen Schupflehengesetzes betreffend.

I.

Der Schupflehenträger N., dessen Ehegattin gestorben, wünscht sein innehabendes Schupflehen dem Sohn seines Bruders (P.) zu übergeben. N. hat keine Kinder; dessen nächste Erben sind zwei Brüder; er (N.) lebt von der Errungenschaft auf dem sehr bedeutenden Todpachtgute, und von dem Ertrage eines kleinen Erblehenhofes Beides dieser zwei Vollgeschwister will jedoch zur Zeit das Leben antreten. Auf das Leben findet übrigens das neue Schupflehengesetz Anwendung; und der Brudersohn P. vereinigt in sich vollkommen die Eigenschaften eines Lehenbewerbers.

Es entstehen nun die wichtigen Fragen:

1) Ist der Lehenherr im Hinblick auf die Bestimmungen des §. 1 des Gesetzes vom 15. November 1833 zur Belehnung des P. (während N. noch lebt) verpflichtet?

2) Kann der Lehnherr das fragliche Todpachtgut ziehen, und als Domaine deklariren, wenn der Lehenträger N. ohne Hinterlassung von Kindern und ohne Hinterlassung einer Wittwe stirbt, und auch die zwei noch lebenden Geschwister vor ihm (N.) das Zeitliche mit dem Ewigen gesegnet haben werden?*)

II.

Der Schupflehenträger N stirbt und hinterläßt einen minderjährigen Sohn und eine Wittwe B. Der Sohn und nach ihm die Wittwe haben auf Wiederbelehnung vollkommen gegründeten Anspruch. Letztere (die Wittwe) kann sich jedoch auf einen benachbarten fremden Hof glücklich verheirathen, auch ihr einziges (einjähriges) Kind wird vom neuen Ehemann an Kindesstatt angenommen. Mutter und Sohn treten von dem Schupflehen ab; um jedoch den Besitz desselben einem Anverwandten zu sichern, verzichten beide zu Gunsten des Bruders der Wittwe B., der denn auch die Wiederverleihung nach dem neuen Gesetze nachsucht.

Können nun Mutter (B.) und Sohn zu Gunsten des Bruders und Onkels ohne Einwilligung des Lehenherrn verzichten, und ist Letzterer gehalten, diesen (dem Bruder der Wittwe und Onkel des Sohnes) nach Maßgabe des neuen Schupflehengesetzes zu belehnen? Welche Folgen zieht die Verweigerung der Belehnung nach sich?**)

III.

Lehenträger N. stirbt, und hinterläßt eine Wittwe und sieben unmündige Kinder. Da im Augenblick keines der Letztern das Lehen antreten kann, so ertheilt der Lehenhof der Wittwe auf 20 Jahren den Forkhausens-Consens jedoch unter der Bedingung, daß sie, die Wittwe, eine Urkunde über die Verzichtleistung der Kinder beibringe.

Die Obervormundschafts-Behörde aber verweigert die obervormundschaftliche Genehmigung, und verlangt, daß das Gut entweder zu Gunsten der Kinder verpachtet, oder aber einem derselben sogleich zu Lehen übertragen werden solle.

Es fragt sich nun:

1) muß eines der Kinder mit Hintansetzung der Wittwe belehnt werden,

2) wie sichert das Gesetz die Sustentation der Wittwe? und sind ihre Ansprüche an das Lehen denen der Kinder schlechtweg nachzusetzen?***)

---

*) Ich verneine die erste Frage und bejahe die zweite.

Wäre P. ein Bruder des gegenwärtigen Schupflehenmannes N., also nach §. 1 des Gesetzes bei Abgang Näherer zur Lehenfolge überhaupt berechtigt, so möchte er auch schon zur Lebenszeit des N., wenn dieser das Lehen freiwillig abträte, und die andern Berechtigten auf die Lehenfolge verzichteten, die Belehnung fordern können, da der §. 1 diesen Anspruch nicht gerade auf den Tod des gegenwärtigen Besitzers, sondern überhaupt auf den Heimfall aussetzt, welcher auch bei einem Verzichte des jetzigen Besitzers auf den Lehengenuß eintritt.

Aber als Neffe des jetzigen Besitzers ist P. zur Lehenfolge nach §. 1 gar nicht berechtigt, und wenn das Lehen, ohne daß der jetzige Besitzer Kinder oder eine Wittwe hinterläßt, heimfällt, die vorhandenen Geschwister aber dasselbe nicht haben wollen, so ist der Lehenherr zur Wiederverleihung desselben an entferntere Verwandte gar nicht verpflichtet. D. Red.

**) Hier fragt sich's wieder, ob der Bruder der Wittwe bei Abgang Näherer zur Lehenfolge berechtigt sei, denn nur in diesem Falle können die näher berechtigten Kinder und Wittwe zu seinen Gunsten verzichten.

Nun sind aber im §. 1 des Gesetzes nur noch die Geschwister „des letzten Besitzers," nicht aber auch jener seiner Wittwe unter die zur Lehenfolge Berechtigten aufgenommen, daher kann hier der Bruder der Wittwe die Belehnung nicht fordern.

Wäre übrigens die Wittwe seiner Zeit mit ihrem verstorbenen Manne gemeinschaftlich belehnt worden, so wäre sie selbst jetzt die Lehenträgerin, und wenn nun das Lehen durch ihren Tod oder Verzicht heimfiele, so würde ihr Bruder als Bruder „der letzten Besitzerin" allerdings zu den Berechtigten gehören und beim Abgang Anderer die Belehnung fordern können.

D. Red.

***) Zu 1. Nach §. 1 des Gesetzes haben die Kinder den Vorzug.

Digitized by Google

IV.

Der Sohn des kürzlich verstorbenen Schupflehenträgers X. dringt auf Wiederbelehnung, und nimmt die Wohlthaten des neuen Schupflehengesetzes für sich in Anspruch. Bei näheeer Untersuchung ergibt sich jedoch, daß auf das anzutretende Gut die Bestimmungen des §. 3 des neuen Schupflehengesetzes Anwendung finden würden, wenn der Lehenbewerber den 100jährigen Besitz des Lehens (oder die 3 Aperturfälle) durch seine Anverwandten nachweisen könnte. Dieses kann er aber nicht vollständig, das Gut ist zwar kein 100jähriges Schupflehen, aber dasselbe ist doch 3mal als Schupflehen verliehen worden; und unter den drei Belehnungen fallen zwei auf Anverwandte des ersten Besitzers A.; der dritte Lehenträger X., der Vater des jetzigen Lehenbewerbers, aber ist kein Anverwandter der frühern zwei Lehenbesitzer, sondern X. kam durch Bezahlung eines Abwichs an die Kinder des Lehenmannes A., in den Genuß des Gutes.

Es entsteht nun die Frage, muß der Sohn des X. belehnt werden, und kann bei Erledigung eines Schupflehens ein hinterbliebener Successionsfähiger sein Recht auf Wiederbelehnung an einen Dritten cediren, ohne an die Consentirung des Lehenherrn gebunden zu seyn, und welche Folgen hat die Verweigerung dieser Consentirung? †)

V.

Wie schützt sich der Lehenherr vor uneichtigen, ja gewissenlosen Schatzungen der Experten in denjenigen Fällen, wenn die Pachtrente eines zur Wiederverleihung kommenden Gutes nach Anleitung des §. 4 des Gesetzes vom 15. Oktober 1833 ermittelt werden soll? ††)

VI.

Das ehemalige Schupflehengut (N.) fällt 1817 dem Lehenherrn anheim, und dieser verfügt über dasselbe durch Zeitpachtverleihung auf 12 Jahre. Kaum ist jedoch der neue Zeitpachter ein Jahr im Genuß, so stirbt er; dessen Wittwe heirathet wiedee, und der neue Ehemann deeselben P. läßt sich das Gut auf seine Lebenstage — als Todtpacht vom Lehenhof übertragen.

Frage: Ist der Lehenheer berechtiget den Hof nach dem Absterben des jetzigen Todtpächters P. einzuziehen? Bemerkt wird noch, daß in dem Pachtvertrag des P. ausdrücklich der freie, unbeschränkte Heimfall des Gutes an den Lehenheen (als Cammeralgut) bedungen ist. †††).

F.

---

es muß also eines derselben belehnt werden, wenn sie nicht mit obervormundschaftlicher Genehmigung darauf verzichten.

Zu 2. Während der Minderjährigkeit der Kinder hat die Wittwe nach §. 384, vergl. mit Art. VIII. 4 des ersten Einf.-Edikts, die elterliche Nutznießung an dem Vermögen der Kinder, folglich hat sie auch den Genuß des Schupflehens.

Später bleibt ihr nach S. 745a noch ein Viertel vom Genusse des Schupflehens, oder eine diesem Viertel gleichkommende Rente, als ähnliche Nutznießung. D. Red.

†) Der Umstand, daß die dritte Belehnung an keinen Verwandten geschah, würde nichts hindern, wenn X. dabei die Belehnung nur gegen eine den Kindern des vorherigen Besitzers bezahlte Abfindungssumme, also gewissermaßen durch eine Rechtsübertragung von Seiten der Letztern erhielt. Wenn aber das Gut noch kein hundertjähriges Schupflehen ist, so kommt es hierauf gar nicht an, und nach §. 8. des Gesetzes findet in solchem Falle dieses Gesetz auf das fragliche Lehen keinerlei Anwendung.

D. Red.

††) Eben so wie der Lehenmann. Ist der Eine oder Andere mit dem außergerichtlichen Anschlage nicht zufrieden, so wird sich ein Rechtsstreit über die Größe der Lehenabgaben erheben, wobei wegen Bestimmung des Pachtwerths eine Schätzung gerichtlich angeordnet wird, in Bezug auf welche den beiden Partheien diejenigen Rechte zustehen, welche die Prozeßordnung den Partheien bei gerichtlichen Schätzungen überhaupt verleiht.

D. Red.

†††) Da P. das Gut nicht als von seinen Verwandten heimgefallenes Schupflehen erhielt, die frühere Schupflehen-Eigenschaft des Letztern vielmehr durch die im Jahr 1817 stattgehabte Verpachtung an Fremde verloren ging, die im Jahre 1818 erfolgte schupflehenweise Verleihung an den Nachfolger des damaligen Zeitpächters, also wie eine erstmalige zu betrachten ist, so findet das Gesetz nach §. 8 darauf keine Anwendung.

Anders wäre es, wenn die Verpachtung im Jahre 1817 nicht an Fremde, sondern nur an die Angehörigen des letzten Besitzers, die neue Verleihung von 1818, also selbst wieder an solche Familienangehörige geschehen wäre, in welchem Falle es an der Voraussetzung des §. 8. des Gesetzes fehlen würde, wornach das Gut nicht mehr „im Besitze der Angehörigen des letzten Besitzers" seyn darf, wenn ihnen wegen einer dazwischen getretenen andern Verfügung die Rechte auf Wiederbelehnung verloren gehen sollen.

In dem unterstellten Falle würde die im Zeitpacht von 18¹⁷/₁₈ gelegene Unterbrechung, da das Lehen dabei und bis jetzt doch stets noch in der nämlichen Familie blieb, nach §. 9 die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes und folglich die nach §. 1 eintretende Wiederbelehnungspflicht nicht aufheben.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe den 26. Oktober 1839.

I.

Versuch eines Kindsmords, und heimliche Schwangerschaft und Niederkunft.

In der Untersuchungssache gegen Henriette Groß von Altorf, wegen versuchten Kindsmords, hat der Gerichtshof durch Urtheil vom 9. August 1838 erkannt: „Inkulpatin sei des ihr angeschuldigten Kindsmordversuchs für klagfrei, dagegen des Verbrechens der Verheimlichung der Schwangerschaft und der heimlichen Niederkunft für schuldig zu erklären und deshalb zu einer in Bruchsal zu erstehenden dreimonatlichen Zuchthausstrafe und zur Tragung der Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilen."

Die Entscheidungsgründe sind folgende:

„Die Verbrechen, welche der Inkulpatin zur Last gelegt werden, sind

1) Versuch eines Kindsmords;
2) Verheimlichung der Schwangerschaft und heimliche Niederkunft.

Zu 1) hinsichtlich des ersten Beschuldigungspunktes liegt zwar in dem Gebären der Inkulpatin über dem Abtritt und in dem Fallenlassen des Kindes in die Grube desselben eine Handlung, welche ganz geeignet gewesen wäre, das von ihr geborne Kind, welches lebend und lebensfähig war, zu tödten, indem ohne eine schleunige Hülfeleistung das Kind, wenn ihm auch der Fall an sich noch keinen Schaden brachte, nothwendig zu Grund gehen mußte; allein die Inkulpatin hat geläugnet, diesen Fall absichtlich herbeigeführt und überhaupt je den Vorsatz gehabt zu haben, ihr Kind bei Seite zu schaffen. Ihre Behauptung, daß sie den ihrer Niederkunft vorangegangenen Wehendrang für gewöhnlichen Drang zum Stuhle gehalten, daß sie in dem Moment, als sie das Abgehen ihres Kindes bemerkte, nicht so schnell bedacht gewesen, daher der Fall des Kindes in die Abtrittsgrube nicht mit ihrem Willen geschehen sei, erhielt insofern Unterstützung, als die erhobenen ärztlichen Superarbitrien diesen Vorgang als der Wahrscheinlichkeit nicht widersprechend erklärten und insbesondere nachwiesen, daß ähnliche Verwechslungen des Stuhl- und Wehendrangs häufig Statt gefunden haben. Es kann daher aus der Handlung an sich auf eine rechtswidrige Absicht, welche bei dem sträflichen Versuch immer erforderlich ist, nicht geschlossen werden. Eben so wenig ergibt sich dieselbe aus andern vor und nach der Geburt ereigneten Umständen. Die rechtswidrige Absicht ist sonach nicht erwiesen, weshalb eine Schuldigerklärung gegen die Inkulpatin nicht ausgesprochen werden konnte. Indessen ist die Möglichkeit, daß der fragliche Vorfall in der Absicht der Inkulpatin lag, nicht ausgeschlossen, vielmehr liegt diesfalls gegen dieselbe insofern ein von ihr nicht beseitigter Verdacht vor, als sie ihre Schwangerschaft, obgleich sie schon 8 Wochen vor dem Ereigniß von deren Daseyn sich überzeugt hatte, beharrlich geläugnet, sogar noch am Tage ihrer Niederkunft, als etwas Blut von ihr abging, die Mutter ihrer Dienstfrau von ihrem nicht schwangern Zustande zu überzeugen gesucht, und überdies am Anfang der Untersuchung Thatsachen, die sich auf ihre Schuld bezogen, in Abrede gestellt hat, welche sie in der Folge als richtig zugab. Es konnte daher deren Freisprechung nur in Form einer Klagfreierklärung geschehen.

Zu 2) was das Weitere der Inkulpatin angeschuldigte Verbrechen der verheimlichten Schwangerschaft und heimlichen Niederkunft betrifft, so liegt von derselben ein gehörig unterstütztes Geständniß darüber vor, daß sie in 8 Wochen vor ihrer im 8ten Schwangerschaftsmonat erfolgten Niederkunft die Regungen ihres Kindes verspürt, daraus ihren schwangern Zustand erkannt, diesen jedoch Niemanden angezeigt, vielmehr ihrer Dienstherrschaft, welche sie hierüber zur Rede stellte, abgeläugnet habe. Die Pflicht zur Anzeige der Schwangerschaft, welche das Gesetz schwangern Weibspersonen auferlegt, war also unstreitig begründet, und da dieselbe bis zur Niederkunft unterblieb, so ist die Verschweigung, wie sie das Gesetz erfordert, — Strafedikt §. 62, lit. d verglichen mit lit. b — unzweifel-

Digitized by Google

haft vorhanden. Nicht minder existirt die zur Vollendung dieses Verbrechens erforderliche heimliche Niederkunft, worunter nämlich nur jene verstanden werden kann, welche ohne Beisein anderer Personen, und an einem Orte und unter Umständen geschieht, wo dieselbe leicht verborgen bleiben kann. Denn die Inkulpatin hat zugegeben, auf dem Abtritt geboren zu haben, ohne daß Jemand zugegen war. Zwar will dieselbe nie beabsichtigt haben, heimlich oder gar auf die geschehene Weise zu gebären; allein es kommt, abgesehen davon, daß sich, wie schon gezeigt, gegen die Richtigkeit dieses Vorbringens immer noch gegründete Zweifel erheben lassen, auf diese Absicht nicht weiter an, da die eigentlich sträfliche Willensbestimmung in der Verschweigung der Schwangerschaft liegt, weil hiedurch schon allein jener gefährliche Zustand, den das Gesetz durch seine Strafandrohung verhüten will, begründet wird, und die heimliche Niederkunft offenbar nur deshalb zur Vollendung erfordert wird, weil, wenn dieses Merkmal fehlte, der Begriff einer verschwiegenen Schwangerschaft hinwegfiele, da die Verschweigung bis zur Niederkunft fortdauern muß, oder weil dann die durch die Schwangerschaftverheimlichung begründete Gefährlichkeit aufhörte, sonach derjenige Zustand nicht eingetreten wäre, den das Gesetz abwenden wollte. Würde das Gesetz eine absichtlich veranstaltete, hülflose Niederkunft verlangt haben, so wäre solches sicherlich ausgedrückt worden. Bei dieser Auslegung hängt zwar Vieles vom Zufall ab, und es kann von zwei Personen, die dieselbe rechtswidrige Willensbestimmung hatten, die eine, welche z. B. zufällig in Beisein anderer Personen niederkam, straflos bleiben, während die andere, welche an heimlichen Orten von ihrer Niederkunft überrascht wurde, der Strafe unterliegen wird. Allein der Zufall hat in unserm Strafrecht, wo Alles auf den Erfolg einer Handlung ankommt, einen großen Einfluß, z. B. bei der Tödtung, und es kann daher hierauf nur entgegnet werden, daß sich Niemand in eine Lage versetzen soll, wo es nur noch von dem Zufall abhängt, ob eine strafwürdige Handlung als begründet erscheint. Die landesherrliche Verordnung vom 16. Februar 1813, welche derjenigen Weibsperson, die ihr Kind heimlich getragen und geboren, jedoch dasselbe lebend producirt hat, für die Zukunft Straflosigkeit verheißt, bestätigt diese Auslegung des Strafedikts, leidet übrigens, insofern daraus für die Inkulpatin eine Straflosigkeit abgeleitet werden will, deshalb keine Anwendung, weil dieselbe durch keine Aeußerung oder Handlung ihre Absicht an den Tag legte, den Vorfall zur Kenntniß Anderer zu bringen, ja selbst die von der Karoline Maier an sie gerichtete Frage: was geschehen sei? mit einem hörbaren „Nichts!“ beantwortete, und die Producirung des Kindes lediglich der sofortigen Nachsuchung in der Abtrittsgrube zuzuschreiben ist. Der Fall, von welchem jenes Gesetz spricht, ist also hier nicht vorhanden, und wenn auch die Inkulpatin, wie sie behauptet, eine Mittheilung an die Mutter ihrer Dienstfrau beabsichtigt hat, so ist diese immerhin unterblieben, mithin die Voraussetzung nicht da, unter welcher das Gesetz das Verbrechen der verheimlichten Schwangerschaft und Niederkunft unbestraft wissen will.

Die Strafe, welche hiernach die Inkulpatin verwirkte, wurde mit Rücksicht darauf, daß sich nicht herausstellte, daß das Kind einen Schaden genommen hat, in Gemäßheit des §. 62 des Strafedikts auf den im Gesetz erwähnten niedersten Grad bestimmt.“

Bemerkungen des Einsenders:

Zu 1) bin ich mit obiger Ansicht und Ausführung einverstanden, denn von einer Tödtung des neugebornen Kindes kann die Rede nicht seyn, weil das Kind keines gewaltsamen, sondern natürlichen Todes verblichen ist, welcher erst am dritten Tage nach der Geburt des Kindes erfolgt und mit seinem, bei der Niederkunft der Mutter auf dem Abtritt Statt gehabten Sturze in den Abtritt, in keinem Causalzusammenhange gestanden, sondern laut den Superarbitrien der Medizinal-Referenten und großherzogl. Sanitäts-Commission, vielmehr einer in der Schwäche des Kindes gelegenen Disposition zu dem bei ihm ausgebrochenen Krankheitsfall zuzuschreiben ist.

Ein Verdacht des Versuchs der Tödtung ruht immerhin auf der Angeschuldigten, weil sie ihre Schwangerschaft, die ihr durch die Bewegungen ihres Kindes im Leibe seit etwa 8 Wochen bekannt war, der Dienstherrschaft hartnäckig verläugnete, und nach ihrer Entbindung auf dem Abtritt, obgleich sie während diesem Akte spürte, daß etwas von ihr ging, was nicht zum Stuhlgang gehört, und obgleich sie an die Geburt des Kindes dachte, dennoch keine Hülfe zu deren möglichen Rettung gerufen hat. Es konnte daher keine Verdachtslosererklärung, sondern nur eine Entbindung von der Instanz — (Klagfreierklärung) gegen sie ausgesprochen werden.

Zu 2) stelle ich dem Erkenntnisse und dessen Rechtfertigung folgende Betrachtungen entgegen:

1) Nach dem gemeinen Rechte machen die heimliche Schwangerschaft und die heimliche Niederkunft*) kein besonderes, für sich bestehendes Verbrechen, sondern sie werden nur als Anzeigen (indicia) eines absichtlichen Kindsmords aufgeführt, welche nach Beschaffenheit einen halben Beweis

*) so wie auch die Verbergung der Geburt — „Tertium indicium Imperator ab occultatione partus petit. Occultatio partus vix gravat nisi suspecto modo facta.“ — Böhmer ad Carol. §. 42 — 47.

machen und die Anwendung der Tortur zur Folge haben konnten. Dabei wurde jedoch der Fall unterstellt, daß das Kind um's Leben gekommen sei, art. 131 d. P.G.O. Nach Aufhebung der Tortur hat sich jedoch eine Praxis bei den deutschen Gerichtshöfen gebildet, wornach Weibspersonen, die ihre Schwangerschaft und Geburtszeit verheimlicht, ihre hülflose Niederkunft geflissentlich veranstaltet und nach allen Umständen zu urtheilen, ein lebendiges Kind geboren und getödtet haben, mit mehrjähriger Zuchthausstrafe belegt zu werden pflegten. Quistorp Gr. des peinl. R. I. Thl. § 274.

2) Das badische Strafedikt erwähnt auch nicht der Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft als eines besondern Verbrechens, sondern führt sie nur als Schärfungsgründe der Unzuchtsstrafe an. Es wird nämlich nach den — in den §§. 56—62 gegebenen Strafbestimmungen für die fleischliche Verbrechen im letztern Paragraphen auch der gemeinen Unzucht gedacht, um, wie ausdrücklich bemerkt wird, — auch hierin eine zweckmäßige Gleichförmigkeit der Bestrafung einzuführen. In dem nun hier die Strafe für das Unzuchtvergehen bestimmt wird, wird zugleich die frühzeitige Anzeige von der Schwangerschaft für einen Milderungsgrund sowie im Gegensatz die Verläugnung derselben auf obrigkeitliche Befragung für einen Erschwerungsgrund erklärt, welch letzterer für sich allein nur einen Zusatz von drei Tagen bürgerlicher Gefängnißstrafe nach sich zieht, in Verbindung aber mit einer heimlichen Niederkunft Zuchthausstrafe zur Folge hat, die, je nachdem das Kind Schaden genommen hat oder nicht, auf kürzere oder längere Zeit, wenigstens auf drei Monate zu erkennen ist. Die Folgen und die eben erwähnten Erschwerungsgründe des Unzuchtvergehens werden nun im Gesetze freilich schärfer angesehen, als die Vergehen selbst, und daher mag auch die Praxis mit der Benennung der Erschwerungsgründe der Unzucht als eines besondern Verbrechens der heimlichen Schwangerschaft und Niederkunft kommen, sie ist aber im positiven Rechte nicht gegründet, noch weniger kann sie die Probe einer wissenschaftlichen Strafrechtsbegründung halten.

3) Indessen auch von dieser irrigen Benennung und Praxis abgesehen, wird es im vorliegenden Falle insbesondere darauf ankommen: ob die gesetzlichen Unterstellungen zum Daseyn des vermeintlichen Verbrechens vorhanden sind! Das Edikt hat

a) den Begriff von Verheimlichung der Schwangerschaft so erklärt, daß die Dirne aus irgend einem Anlaß von der Obrigkeit über ihre Schwangerschaft befragt worden seyn muß †) und sie, ohne eine Unwissenheit hinlänglich zu rechtfertigen, ihre Schwangerschaft abgeläugnet hat. Inkulpatin ist von keiner Obrigkeit, sondern nur von ihrer Dienstfrau und deren Mutter, denen ihr dicker Leib aufgefallen ist, über ihren Zustand befragt worden, den sie ihnen verläugnet hat. Ich halte nicht dafür, daß die Befragung von der Dienstfrau jener von der Obrigkeit gleich gelten, nämlich in strafrechtlicher Beziehung gleiche Wirkung haben kann, und es ist hier um so genauer bei dem Buchstaben des Gesetzes stehen zu bleiben, da die Verheimlichung der Schwangerschaft an und für sich ihren natürlichen Erklärungsgrund in der weiblichen Schaamhaftigkeit hat und keine strafwürdige Handlung ist — Böhmer loc. cit.*); Quistorp l. cit. und Tittmann Handb. d. St.R.W. §. 171. Sie kann höchstens für ein Polizeivergehen erklärt werden, insofern sie zu unglücklichen Geburten Veranlassung geben kann.

Das Edikt hat nicht ohne Grund ausdrücklich und ausschließlich die Befragung der Obrigkeit erfordert, und diese ist hier nicht geschehen, folglich fehlt das Daseyn des ersten Merkmals zum vermeintlichen Verbrechen. Eben so wenig ist aber auch

b) das zweite Merkmal — eine verheimlichte Geburt — vorhanden. Zum Thatbestand der heimlichen Geburt wird nämlich erfordert, daß die Dirne absichtlich ohne Hülfe geboren habe, s. Böhmer cit. l., Meister pr. jur. crim §. 167 und andere Rechtslehrer.

Nun hat aber Inkulpatin angegeben, daß ein Drang in ihrem Leibe, den sie für einen gewöhnlichen Stuhldrang gehalten, sie veranlaßt habe, auf den Abtritt zu gehen, und behauptet, daß, wenn sie nur geahnt hätte, niederzukommen, sie sich auf den Abtritt nicht begeben hätte. Der Referent selbst hat richtig bemerkt: ein Beweis, wel-

---

†) Daß zum Begriff der Verheimlichung der Schwangerschaft eine vorherige obrigkeitliche Befragung gehöre, ist im § 62 des Strafedikts nicht gesagt. Der §. 62 sieht es vielmehr für einen Schärfungsgrund an, wenn eine obrigkeitliche Befragung noch hinzugekommen ist.

Unter litt. a ist der Fall, da die Geschwängerte ihre Schwangerschaft zeitig anzeigt, (nach dem Gesetze vom 16. Februar 1813 ohne Unterschied, ob die Anzeige dem Pfarrer, dem Ortsvorgesetzten oder den Eltern geschehe,) gegenüber gestellt den unter b, c und d aufgeführten Fällen, da sie diese Anzeige unterläßt, also die Schwangerschaft verheimlicht oder verschweigt.

Unter b, c und d sind die verschiedenen Fälle dieser Verheimlichung aufgeführt. Unter b ist von der einfachen Verheimlichung der Schwangerschaft die Rede, und unter c von dem Falle, da noch eine obrigkeitliche Befragung hinzukam. Wenn nun unter d davon die Rede ist, daß die Geschwängerte außer ihrer Schwangerschaft auch noch ihre Niederkunft verheimlichte, so bezieht sich dies nicht blos auf den unter c, sondern auch auf den unter b erwähnten Fall, d. h. es genügt in Bezug auf die verheimlichte Schwangerschaft auch an der einfachen Verheimlichung, wenn gleich die Qualifikation der obrigkeitlichen Befragung nicht hinzugekommen ist. Wenn überhaupt auf die Verheimlichung der Schwangerschaft (ohne Unterschied, ob dabei eine obrigkeitliche Befragung Statt hatte, oder nicht) auch eine heimliche Niederkunft folgt, so tritt die Strafe des §. 62 d, kürzere oder längere Zuchthausstrafe, ein.

Nach dem Gesetze vom 16. Februar 1813 findet übrigens jetzt wegen verheimlichter Schwangerschaft (selbst wenn eine obrigkeitliche Befragung erfolgt wäre) und heimlicher Niederkunft eine Strafe nur dann noch Statt, wenn das Kind nicht lebend produzirt wird.

D. Red.

*) welcher unter andern sagt: „Inter plures excusationes maximi ponderis est quam pudor naturalis suggerit, et mulierculas stimulat, ut pro existimatione conservanda quantum fieri potest, in manifestatione propriae turpitudinis sint tenacissimae, nec nisi urgente extrema necessitate ad ejus propalationem prorumpant: *Ipsa velut natura humana innoxiam ejus causam tuetur, et quia haec omnium ejusdem sexus eadem est,* apparet, quod is pudor nec a bonis fortunae nec a cultura morum absolute dependeat, et sic non modo iis, qui alicujus valoris sortisve superioris sunt, verum etiam vilioribus et agrestibus familiaris sit. Num itaque tantopere foemina inerepandaque potius obmutescere quam se sinistro aliorum judicio exponere mavult. Celatio in se multo magis sum pudoris inspectione conjuncta, *si non indifferens saltim non absolute vitiosa est.*“

D.

Digitized by Google

cher diese Angaben widerlegen könnte, sei nicht erbracht, vielmehr erhalten sie in sofern besondere Bestätigung, als durch die Superarbitrien nachgewiesen wurde, daß die Angaben der Inkulpatin über den Vorgang ihrer Niederkunft der Wahrscheinlichkeit nicht widersprechen, theils aus dem Umstande, daß Inkulpatin (die überdieß zum erstenmal schwanger war) nach kaum verlaufenem 7ten Schwangerschaftsmonat ihre Niederkunft noch nicht erwarten konnte, theils aus dem Erfahrungssatze: daß der Wehendrang in der Gebährenden ähnliche Empfindungen, wie der Drang zum Stuhle, errege. Referent selbst schließt daraus mit Recht, es könne bei der Inkulpatin ein rechtswidriger Vorsatz ihrer Handlung nicht unterstellt werden, und führt weiter aus, daß auch aus dem Betragen der Inkulpatin nach der Geburt nicht mit Gewißheit gefolgert werden könne, daß sie das Ereigniß habe verschweigen wollen ††). Nimmt man all dieses mit dem Referenten an, so muß man auch zugestehen, daß der Inkulpatin eine heimliche Niederkunft nicht Schuld gelegt werden könne. Der entgegengesetzte Antrag, wornach erkannt worden, erscheint mir daher nicht konsequent mit den Prämissen, und die erkannte Zuchthausstrafe, welche so nachtheilige Folgen für den Sträfling hat, von der Inkulpatin nicht verdient, sondern mit Recht konnte nur die polizeiliche Unzuchtstrafe mit einem allenfallsigen Zusatze gegen sie erkannt werden*).

Donsbach.

††) Es mußte der Beweis gegen die Inkulpatin erhoben seyn, um ihr eine heimliche Niederkunft zur Last legen zu können. *Böhmer* sagt loc. cit. „modo clandestinitas fuerit voluntaria, quae ante omnia contra mulierem demonstranda. Dicitur autem mulier studio clam peperisse, quae media auxilii humani intercepit, sive od locum solitarium parturiendi causa se contulerit, sive propriis viribus confisa in domicilio medios inter homines foetum expectaverit." D.

*) Hierbei darf man freilich die Criminalerkenntnisse der K. Pr. Crim. Deput. d. Kammergerichts in ähnlichen Fällen, welche in Klein's Annalen der Gesetzgeb. und Rechtsl. 12r Bd. S. 211 u. f. aufgenommen sind, nicht zum Vorbild nehmen. Sie sind in den 1780r Jahren gefällt und ihre Strenge gründet sich auf ein k. Edikt vom 8. Februar 1765. Von auffallender Härte will ich nur einige Beispiele anführen.

Charlotte Schwarz, eines Hirten Tochter, gebar heimlich, erhielt aber noch zur rechten Zeit Hülfe und das Kind blieb gesund. Es wurde gegen sie, weil sie nicht sogleich „vorschriftsmäßig" Hülfe gesucht hatte, zweijährige Zuchthausstrafe erkannt.

Maria Elisabeth Rauchin ließ sich von einem Soldaten schwängern, verheimlichte ihre Schwangerschaft und gebar ein todtes Kind. Sie war sehr einfältig und wurde zu 4jähriger Zuchthausstrafe — jedoch ohne Willkomm und Abschied — verurtheilt.

Die Dienstmagd Luise Vossin brachte eine Leibesfrucht, welche noch nicht den Anfang des 6ten Monats erreicht hatte, zur Welt und warf sie in den Fluß. Nach dem Gutachten der Cr. Dep. des k. Ger. war die Strenge des Edikts nicht anwendbar. Dennoch wurde ein Jahr Zuchthaus erkannt.

Marianna Mordanzin wurde — wie sie angegeben — von ihrem Brodherrn geschwängert, entdeckte weder ihm noch Jemanden anders ihren Zustand, wurde von der Geburt übereilt, war außer sich und gebar ohne Hülfe, verbarg auch die Geburt. Das Kind war noch nicht ausgetragen, aber zweifelhaft, ob es schon gelebt habe? Wegen Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt wurde sie mit 10jährigem Zuchthaus — v. famm — bestraft. Der badische neue Entwurf eines Strafgesetzbuchs, worin überhaupt ein humaner Geist webt, kennt nicht nur kein besonderes Verbrechen in der Verheimlichung der Schwangerschaft und hülflosen Geburt, sondern nimmt auch bei der Bestrafung des Kindsmords mildernde Rücksicht auf den Zustand der Dirne. Als Motiv zu den §§. 196 und 197 wird angeführt: „der Grund, aus welchem der Kindsmord milder bestraft wird, als der Mord an andern Personen, liegt hauptsächlich darin, daß die Geburt regelmäßig von einer aus physiologischen Ursachen erklärlichen Erregung des Gemüths begleitet ist, in welcher die hülflose Lage einer unehelichen Mutter, das Gefühl der Schande, die trübe Aussicht in die Zukunft um so stärker wirkten. Das Gesetz selbst stellt daher die Präsumtion gemilderter Zurechnung, jedoch nur für die ersten 24 Stunden nach der Geburt, auf, weil die Erfahrung lehrt, daß nach dieser Zeit in der Regel wieder ruhige Ueberlegung zurückkehre." — D.

(Uebrigens ist es unrichtig, daß der neue badische Strafgesetz-Entwurf kein besonderes Verbrechen der hülflosen Niederkunft kenne. Man sehe die §§. 200, 201 und 202.

Auf die Verheimlichung der Schwangerschaft kommt es dabei nicht an, und die von der außerehelich Schwangern selbst herbeigeführte hülflose Niederkunft wird nur bestraft, wenn a) die außerehelich Schwangere dabei die (nicht vollzogene) Absicht hatte, das Kind zu tödten, — oder wenn ohne solche Absicht b) das Kind in Folge der Hülflosigkeit bei der Niederkunft um das Leben kam — §. 201.

Haben in dem einen oder andern Falle außer der Hülflosigkeit bei der Niederkunft noch andere, der Mutter zur Fahrlässigkeit zuzurechnenden, Handlungen oder Unterlassungen zu dem Tode des Kindes mitgewirkt, so wird die Strafe nach §. 202 erhöht. D. Red.)

In allen Buchhandlungen, in Karlsruhe und Heidelberg in den Groos'schen Buchhandlungen und in Freiburg bei A. Emmerling ist zu haben:

Das Pönitentiärsystem

medizinisch, rechtlich und philosophisch geprüft von Dr. L. A. Gosse (in Genf). Unter persönlicher Mitwirkung des Verf. übersetzt und vermehrt von Dr. A. Martiny. gr. 8. 2 fl. 42 kr.

Amerika hat längst für seine Verbrecher Besserungshäuser und verwendet auf deren Vervollkommnung, so wie auf die seines Strafsystems jährlich große Summen. Die Schweiz zählt bereits vier solche Anstalten. England, Frankreich und Belgien sind nach deren Vorbild mit einer Reform ihres Gefangenwesens beschäftigt. — Deutschland allein noch speculirt und philosophirt, während seine Verbrecher in Zuchthäusern verwildern und verkümmern, die ihm als eine drückende Last einen Theil seiner ohnedies nicht reichen Hülfsquellen verzehren. — Aber wer wollte deshalb den Deutschen ihren regen Sinn für Humanität absprechen? — Nun denn, so wenden wir uns an Alle, denen Fortschritte in der Humanität als die höchste Aufgabe gelten, besonders aber an Regierungen, Criminalisten, Aerzte und alle Menschenfreunde, die durch Wort und That etwas zur Linderung des physischen und moralischen Elends der Gefangenen und Entlassenen beizutragen Beruf, Kraft und Willen in sich fühlen, ihnen das Werk eines Gelehrten von europäischem Rufe dietend, der seine zwar eigenthümlichen Ansichten aus der genauesten Kenntniß und sorgfältigsten Prüfung der Pönitenzanstalt zu Genf schöpfte, von welcher der große Heidelberger Criminalist sagt:

„Die Strafanstalt von Genf ist es, welche die höchste Aufmerksamkeit verdient. Schon nach ihrer Anlage als Modifikation des amerikanischen Systems, den europäischen Ansichten angepaßt, seit ihrer Begründung durch gemachte Erfahrungen mannichfach verbessert, muß sie von allen europäischen Gesetzgebern studirt und zum Muster genommen werden."

Es verbindet dieses Werk mit der detaillirtesten Darstellung der Pönitenzsysteme im Allgemeinen eine in die Grundsätze und Einrichtungen aller bisher bestehenden Besserungsanstalten, eine auf das innerste ursprüngliche Wesen des Menschen, auf seine Rechte und Pflichten als Staatsbürger und auf den praktischen Nutzen dieser Anstalten begründete Kritik, und kann so mit Recht, mit Mittermaier (siehe Jahrb. f. Crim.), als das umfassendste und geistreichste aller in u. außer Deutschland über diesen Gegenstand existirenden Werke betrachtet werden.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 2. November 1839.

I.

Rechtsfall über Erbfolge bei Erbbestandsgütern.

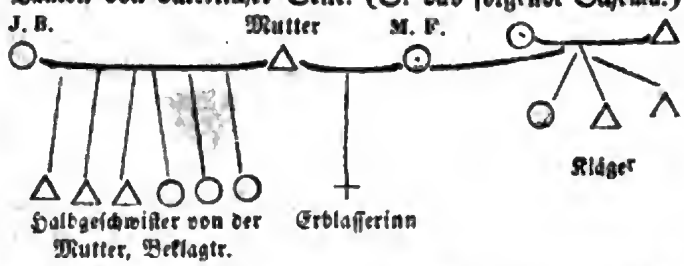
(L.R.S. 544 c, 732, 732 a, 1831 b, d.)

§. 1. Unter der Verlassenschaft der am 7. Juli d. J. zu H. verstorbenen achtzehnjährigen ledigen A. E. F., befanden sich mehrere Aecker und Wiesen, welche in einer frühern Theilungsurkunde vom Jahr 1823 als Theile eines sogenannten Nonnen- oder Klausen-Gutes, angeführt worden, dessen Obereigenthum der großh. evangelischen Kirchen-Sektion zustehen soll. — Die fraglichen Aecker und Wiesen hatte A. E. F. im Alter von drei Jahren auf Ableben ihres Vaters M. F. in Folge einer im Jahre 1823 vorgenommenen Gemeinschafts- und Erbschafts-Theilung erhalten. Vom Jahre 1823 bis 1838 wurden diese Güter wegen der Minderjährigkeit der Eigenthümerinn von deren leiblichen Mutter und von dem zweiten Manne der Letztern, dem J. B. in Bau und Besserung erhalten. —

Nach dem Tode der A. E. F. wurden die Güter von der Theilungsbehörde verzeichnet, und, wie das übrige Erb-Vermögen, zur Hälfte nach einem letzten Willen, (welcher sich bekanntlich wegen der Minderjährigkeit der Erblasserinn (L. R. S. 904) über mehr nicht erstrecken konnte), zur andern Hälfte nach gesetzlicher Ordnung getheilt, jedoch im gemeinschaftlichen Besitze der Theilenden belassen.

Die gesetzlichen Erben der A. E. F. sind nach L.R.S. 749, 751 und 752 deren leibliche Mutter (welche überdieß im letzten Willen allein eingesetzt ist), und außerdem die Halbgeschwister der verstorbenen, nemlich die aus der zweiten Ehe der Mutter mit J. B. abstammenden Kinder. —

§. 2. Nachdem die Theilung abgeschlossen und die ausgefertigten Theil-Zettel zu allem Ueberflusse im Grundbuche eingetragen waren, traten andre Verwandte der verstorbenen A. E. F. bei dem Oberamte Heidelberg mit einer Klage gegen die vorerwähnten gesetzlichen Erben auf. Die Kläger sind drei Geschwister des schon im Jahr 1823 verstorbenen Vaters der A. E. F., mithin deren Onkel und Tanten von väterlicher Seite. (S. das folgende Schema.)



Die Kläger berufen sich auf einen angeblichen alten Erbverleihungs-Brief vom Jahre 1715, durch welchen die jetzt streitigen Güter nebst andern von dem ehemaligen Churpfälzischen geistlichen Administrationsrath, einem gewissen Abraham Krummfuß, dessen Leibes-Erben und Nachkommen zu Nutzeigenthum verliehen worden seyn sollen. Die Kläger behaupten nun, sie seien Leibes-Erben und Nachkommen jenes angeblichen ersten Erwerbers; die Beklagten seien zwar allerdings die nächsten gesetzlichen Erben der letzten Besitzerinn, aber stammten von jenem ersten Erwerber nicht in gerader Linie ab: deshalb müßten die Kläger als nächste Erbbestands-Erben angesehen werden. Das Gesuch der Klage wird auf Anerkennung des von den Klägern behaupteten Erbrechtes und hiernach auf Herausgabe der streitigen Güter gerichtet. —

§. 3. Von Seite der Beklagten wurde die von den Klägern behauptete Abstammung vom ersten Erwerber (welche in einem Stammbaum dargestellt war), sowie die Richtigkeit des angeblichen Erbbestands-Vertrages von 1715 mit Nicht-Wissen beantwortet; sie mußten sich um so mehr in dieser Weise vernehmen lassen, als ihnen überdieß keine Mittel zu Gebot stehen, über die Richtigkeit dieser von den Klägern behaupteten, einer längst vergangenen Zeit angehörigen Thatsachen anders als im gehörigen Beweis-Verfahren, Gewißheit zu erhalten. Der klägerische Anwalt hatte zwar kurz vor Anstellung der Klage, im März 1839 jenen angeblichen Erbbestands-Vertrag in das Grundbuch zu H. eintragen lassen, allein es geschah dies einseitig, ohne Zuzug der Beklagten und ohne daß diese je die Urschrift

Digitized by Google

des angeblichen Erbbestandsvertrages gesehen hätten. Jedenfalls wurde diesem Verträge ein wesentlicher Mangel seiner Rechtsbeständigkeit entgegengehalten, nämlich die fehlende Eintragung desselben in das Grundbuch zur Zeit seiner Errichtung. Nach dem Churpfälzischen Land-Recht im Andern Theil

Von Contracten und Handthierungen. Tit. V. von Erbverleihungen und Erbbeständniß liegender Güter, „vergl. mit Tit. VII. von Kaufen und Verkaufen im Gemein"

war der Vertrag nämlich nicht kräftig, noch gültig, wenn er nicht „von jedes Orts Gerichten" verbeieft und eingeschrieben war. Außerdem wurde von den Beklagten gegen die Kläger auf den Grund der L.R.S. 883 und 884 und mit Rücksicht auf die Theilung vom Jahre 1823 eine Verbindlichkeit zur Gewähr-Leistung für die damals in das Loos der A. E. F. gefallenen Güter geltend gemacht. — Der Hauptgrund der Vertheidigung wurde übrigens auf den L.R.S. 1831 bd gestützt, insofern dieses Gesetz, auch wenn die von den Klägern behaupteten Thatsachen sämmtlich richtig wären, stets ihren Ansprüchen entgegen stehen würde.

§. 4. Da es sich hienach um eine Rechtsfrage handelt, so wurden nach einmal abgehaltener Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung, nach P. O. §. 336 von beiden Theilen schriftliche Rechtsausführungen eingereicht. Es erfolgte sodann folgendes

Urtheil:

„Wird auf gesetzlich gepflogene Verhandlungen anmit zu Recht erkannt:

Es seien die Kläger, mit der erhobenen Klage, verlangend, „sie für berechtigt zu erklären, in das von der Anna Catharina Fischer hinterlassene Sechszehntel Nonnen- resp. Klausen-Erbbestandsgut in H. zu succediren und daher die Beklagten für schuldig zu erklären, nicht nur dieses Successionsrecht der Kläger anzuerkennen, sondern auch den letztern des in der Klage beschriebenen Sechszehntel des Erbbestandsgutes abzutreten, sowie die Kläger alles Schadens, insbesondere wegen der verzehrten und vernachläßigten Früchte, zu entschädigen." unter Verfällung in die Kosten abzuweisen.

V. R. W.
Großh. Oberamt.
Weber.

Entscheidungsgründe.

In dem vorliegenden Rechtsstreite, wobei wir die faktischen Verhältnisse als aus den Akten bekannt voraussetzen, sind die Fragen, auf deren Beantwortung es ankommt, von den beiderseitigen Anwälten bereits so herausgehoben und erörtert, daß wir uns blos auf dieselbe zurückbeziehen und die Gründe kurz zusammenstellen dürfen, auf welchen unsere Entscheidung beruht.

1) Eine für den Rechtsstreit selbst präjudizielle Frage war vor allem die, ob die Kläger berechtigt sind, ihre angeblichen Ansprüche gegen die Beklagten vor Gericht geltend zu machen, weil der Erwerbtitel des von ihnen in Anspruch genommenen Nutzeigenthums, nämlich der in Frage stehende Erbbestandsbrief, erst seit dem 7. März d. J. in das Handschuhsheimer Grundbuch eingetragen worden sei, d. h. zu einer Zeit, nachdem die Beklagten schon vorher dieses Nutzeigenthum erworben haben wollen, auch ohne daß die letzteren ihre Zustimmung zu jenem Eintrag gegeben haben. Die Beklagten haben den Klägern diese Befugniß bestritten, allein, da nach §. 25 des zweiten Einführungsedikts der Eintrag eines Eigenthumserwerbtitels ins Grundbuch an keine Zeit und Bedingung geknüpft ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß demnach der fragliche Eintrag auch noch am 7. März 1839 geschehen konnte, daß demnach die Kläger berechtigt sind, ihre vermeintlichen Ansprüche vor Gericht zu verfolgen.

2) Die klägerischer Seits aufgestellte Behauptung, daß die von ihnen vindicirten Liegenschaften sich in einem zertheilten Eigenthume befinden, daß sie insbesondere Theile des von dem churpfälzischen Administrationsrath, den Conrad Koerber'schen Eheleuten in Erbbestand gegebenen Nonnen- oder Klausen-Gutes seien, wurde von den Beklagten mit Nichtwissen beantwortet. Es müßte daher hierüber auf Beweis erkannt werden, wenn die übrigens nicht unbestrittene (confr. Hohenhorsts Jahrbücher J. 1825 pag. 1 — 14) Hauptfrage, auf deren Entscheidung es im vorliegenden Falle ankommt, ob nemlich bei Erbbeständen eine successio ex pacto et providentia majorum oder ex lege et testamento Statt finde, nicht dahin beantwortet weeden müßte, daß nur die letztere zuläßig sei.

Die Kläger verlangen nemlich nicht, als gesetzliche Erben des letzten Besitzers der angeblichen Erbbestandsliegenschaften, sondern aus dem ursprünglichen Erbverleihungs-Vertrag oder doch kraft der früheren Gesetze, welche sie allein für maßgebend halten, die Herausgabe der streitigen Grundstücke.

Allein der L.R.S. 1831 bd schreibt vor, es könne der Erbbestandsvertrag nicht bedingen, daß eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Art der Vererbung Statt finde. Der L.R.S. 732 sagt überdies, daß weder die Natur der Güter noch die Person, von der sie herkommen, den gesetzlichen Erbgang bestimmen, und L.R.S. 732 a nimmt nur Lehn- und Stamm-Güter (also nicht Erbbestandsgüter) davon aus.

Durch diese L.R.Sätze ist gerade in Bezug auf Erbbestände, wie auf das Zuverläßigste aus Brauers Erläuterungen

Digitized by Google

Band I. pag. 439 — 442, Band II. pag. 57 und Band III. pag. 632 hervorgeht, die frühere Gesetzgebung, oder die durch Erbbestandsverträge selbst festgesetzte Erbfolgeordnung abgeschafft; es folgt dies überdies aus den Bestimmungen des ersten Einführungs-Edikts §. X., wornach die Erbschaften, welche nach Einführung des Landrechtes anfallen, nach neuem Rechte zu beurtheilen sind, ferner aus den L.R.Sätzen 2 b und 6 b. —

Es erscheint hiernach die erhobene Klage als ungegründet, u. es mußte aus diesen Gründen, wie geschehen, erkannt werden.

§. 5. Von den Fragen, welche in diesem Falle zur Erörterung kommen können, übergehe ich zunächst diejenigen, welche, wie die der Verbindlichkeit zur Gewährleistung aus der Theilung von 1823, oder die der schon im Jahr 1715 nothwendigen Eintragung in das Grundbuch, erst dann gehörig beurtheilt werden können, wenn über die betreffenden Thatsachen ein vollständiges Beweisverfahren gepflogen wäre, — es soll vielmehr nur die Frage einer näheren Prüfung unterworfen werden:

„Findet nach dem jetzigen Rechte bei Erbbeständen überhaupt eine sogenannte successio ex pacto et providentia majorum, oder nur die gewöhnliche successio ex lege et testamento Statt? mit andern Worten wird dabei der (häufig unbekannte) erste Erwerber, oder vielmehr der letzte Besitzer des Gutes beerbt?" —

In den Entscheidungsgründen zum obigen Urtheile ist diese Frage kurz und treffend beantwortet: der Richter hätte auf Beweis erkennen müssen, wenn nicht, auch bei erbrachtem Beweise der Erbbestands-Eigenschaft der streitigen Güter, die Beklagten als vom Testament und Gesetz gerufene Erben des letzten Besitzers, allein als Nutz-Eigenthums-Erben anzusehen wären.

Geht man von den allgemeinen Grundsätzen aus, welche unser Landrecht in der Lehre vom zertheilten Eigenthum aufstellt, so findet man, daß schon der L.R.S. 544 c, welcher den Begriff des Nutz-Eigenthums bestimmt, allgemein von einem „erblichen Genuß" und in gleicher Weise der kurz vorhergehende L.R.S. 543 a allgemein von „Erben des Genießenden" spricht, ohne daß das Genußrecht auf besondere Arten von Erben beschränkt wäre. Wenn nun zwar im L.R.S. 1831 b, b vier, nach Gattungen und Graden der Erben unterschiedene Classen von Erbbeständen aufgeführt werden, so bezieht sich dieses Gesetz nach der richtigen Auslegung (vgl. Jahrbücher des Oberhofgerichtes vom J. 1825 III. Band pag. 9) nicht auf die Art der Vererbung und auf die dabei eintretende Ordnung, sondern lediglich auf die Frage, wenn das Erbfolge-Recht aufhöre, m. a. W. wenn im Sinne des L.R.S. 544 c einer der bestimmten Fälle eintrete, in denen sich die Rechtserwartung des Heimfalls verwirklicht. —

Die Frage des Heimfall's ist jedoch hier nicht streitig: von drei Seiten ist anerkannt, daß von einer Caducität nicht die Rede seyn könne. Schon lange vor dem Rechtsstreite hatte nemlich der angebliche Obereigenthümer (jedoch ohne die Gründe seiner Ansicht anzugeben), außergerichtlich die Kläger als künftige Nutzeigenthümer anerkannt: doch steht zu erwarten, daß die hohe Verwaltungsbehörde, für deren Rechnung bisher die jährlichen Grundzinsen erhoben wurden, nach unbefangener und näherer Prüfung der Sache und mit Rücksicht auf das ergangene Urtheil, ebenso bereitwillig das den Beklagten zur Seite stehende Recht anerkennen werde, als sie sich von der ungegründeten Behauptung des eingetretenen Heimfalls fern hielt, indem sie ohne Zweifel die klare Bestimmung des L.R.S. 577 a, o berücksichtigte: „der natürliche oder bürgerliche Tod endigt das Nutzeigenthum nur dann, wenn der Gestorbene der Letzte der Erbberechtigten ist: sonst wälzt er es nur auf den Nutzeigenthums-Erben." — Wer dieser sei? — ist aus den allgemeinen Vorschriften über Erbrecht zu beantworten, denn der L.R.S. 1831 b, d erklärt deutlich: „der Erbbestandsvertrag kann nicht bedingen, daß eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Art der Vererbung in dem Erblehen Statt finde." —

§. 6. Der Grund dieser klaren Vorschrift wird besonders deutlich durch einen Rückblik auf die Geschichte des Erbbestands-Rechtes und seine Stellung im französischen und demnach badischen Civilrechte.

Das Rechtsverhältniß, welches mit dem Namen „Erbbestand" bezeichnet wird, ist bekanntlich durch Vermischung der über die römische Emphytheuse und über das deutsche Lehen geltenden Grundsätze entstanden. Ursprung und Ausbildung gehören einer Zeit an, in welcher die schroffere Trennung der verschiedenen Classen der bürgerlichen Gesellschaft und der mehr an der Natur festhaltende, als durch Kunst erweiterte Bildungsstand, eine gewisse Schwerfälligkeit des Verkehrs erzeugten. Geld und Handel spielten noch eine Nebenrolle, um Güter und Feldarbeit drehte sich das Meiste. Die Kirche war auch auf das Zeitliche bedacht: sie besaß große, häufig noch unbebaute Güter; selbst verwalten und bauen war nicht selten schwierig und gefährlich: wie sollte aber sonst aus den Gütern Nutzen gezogen werden? — Das Auskunftsmittel lag im Erbbestand. Der Nutzeigenthümer wurde zu tüchtiger Bestellung und Verbesserung des Gutes geneigt, weil er wußte, daß dasselbe auf seine Erben übergehen würde. Die Kirche als Obereigenthümerinn, gewann durch Sicherheit und Regelmäßigkeit der Einkünfte. In den Formen der Verleihung war wegen der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse die größte Mannigfaltigkeit. Vgl. Mittermaier deutsch. Privat-R. II. Band, §. 480 (§. 428 der früheren Auflage.) Nur lag überall der Haupt-

Digitized by Google

Gedanke an ein Gut zu Grunde, welches neben den gemeinen öffentlichen Lasten auch noch besondern bäuerlichen Lasten unterworfen ist (Mittermaier l. c. §. 481 (§. 429)). Diese besondern bäuerlichen Lasten, der sichere Antheil des Obereigenthümers an den Früchten des Gutes, waren daher die Hauptsache, zu welcher sich die übrigen Fragen über Veräußerung und Vererbung u. s. w., nur wie die Nebensache, nur mehr wie die Mittel zum Zweck verhielten. Erst durch den Kampf der Begriffe des römischen und deutschen Rechtes gelangte man zur Erfindung eines dominii directi und utilis, und zur Annahme einer sogenannten successio ex pacto et providentia majorum, bei Erbbeständen. Es gab auch Rechtslehrer (vorzüglich Selchow und Struben), welche sich rein auf den Standpunkt des Lehen-Rechtes stellten und eine Beerbung des primus acquirens auch bei Erbbeständen vertheidigten. Allein bis auf die neuste Zeit (vgl. Mittermaier l. c. §. 487 III. (§. 435) §. 488 (436) Nr. 3 und besond. §. 497 (445) I., hielt man an der gemeinrechtlichen, allgemein gesetzlichen Erbfolge fest; man sah ein, daß der Hauptzweck des Erbbestandes, dauernde Guts-Verbesserung und dadurch gewährter sicherer Früchte-Antheil des Obereigenthümers, die auf besondern Gründen beruhende lehenrechtliche Art der Vererbung nicht erheischte.

§. 7. Diese im gemeinen deutschen Recht geltende Ansicht beruht in Baden auf bestimmten Gesetzen: denn nicht bloß der L.R.S. 1831 bd, sondern noch andre Gesetze schließen die Anwendung des Lehen-Rechtes aus. Der Erbbestand ist bekanntlich jedenfalls nur ein lehenähnliches Institut. (Vgl. Wilh. Thilo französ. Civ. G. B. (Carlsruhe 1839) ad Art. 1831 b, a II. Bd. pag. 583), aber kein wirkliches Lehen. Eine analogische Anwendung der Grundsätze des Lehenrechtes auf Erbbestände ist zudem ausdrücklich ausgeschlossen. Denn das Fünfte Constitutions- (Lehens-) Edikt v. 12. August 1807 hebt nicht nur am Schlusse alle älteren Lehensgesetze und Gewohnheiten sämmtlich auf, sondern es ist auch im §. 2 ausdrücklich verordnet, „daß sich das geltende Lehenrecht nur auf die eigentlichen Lehen (als staatsrechtliche Verträge) beziehen solle, während die uneigentlichen Lehen (d. h. die nach Analogie der Lehen gebildeten Verträge, wie die Erbleihe) fernerhin bloß der privatrechtlichen Gesetzgebung unterworfen bleiben sollen." (S. a Jahrbücher des Oberhofgerichtes von 1833 pag. 181). — Von einer lehenrechtlichen Erbfolge kann daher bei Erbbeständen keine Rede seyn: denn die hier entscheidende privatrechtliche Gesetzgebung kennt nur die allgemeine gesetzliche Art der Vererbung *). —

*) Beiläufig kann hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Anwendung des Lehenrechtes im vorliegenden Falle den Klägern nicht einmal günstig wäre. — Nach dem deutschen Lehenrechte war nämlich die Gemeinschaft der Gewere, die sogenannte Naturalgemeinschaft des Genusses der einzige Grund, aus welchem Seitenverwandte des Vasallen zur Erbfolge gelangen konnten.

Vergl. Friedr. von Pfizer, die altdeutsche und vorzüglich baden-durlachische Lehenfolge, (Ulm 1818.) §. 92, §. 104, §. 119 a. E.

Deshalb bewirkte jede Theilung (eine solche hatte im vorliegenden Falle im Jahre 1823 Statt gefunden) als Aufhebung der Gemeinschaft der Gewere den Ausschluß von der Lehensfolge. Deutlich sagt das schwäbische Lehenrecht Cap. 37, §. 1 — 3 „und wollen sie sich scheiden mit dem Gut und theilen das unter sich, das thun sie wohl ohne des Herren Urlaub. Wenn sie aber das Gut unter sich getheilt, so hat ihr keiner an des Andern Gut nichts, und stirbt ihr eine ohne Lehenserben, des Theil ist dem Herren ledig."

Das einzige Mittel, im Falle der Theilung den spätern Heimfall abzuwenden, besteht nach heutigem Rechte in der Sammtbelehnung; solche ist nämlich nach Lehensedikt v. 1807, Art. 21 „nöthig zum andern, wenn bei Lehenserneuerungen den männlichen Seitenverwandten deren in den Besitz und Genuß eintretenden Lehenleute ein Erb- und Anfallsrecht beibehalten werden soll, indem ohne solche (Sammtbelehnung) ihr Erbrecht für todt und abgethan gilt."

Hat eine Sammtbelehnung nicht Statt gefunden, so hängt die Wiederbelehnung bekanntlich rein von dem gutem Willen des Lehensherren ab, welcher jedoch nach Lehensbrauch auf billige, aus einem bisherigen Verhältniß hervorgehende Ansprüche, Rücksicht zu nehmen pflegt. Solche könnten im vorliegendeü Falle, wenn es nöthig wäre, mehr von Seite der Beklagten, als von Seite der Kläger geltend gemacht werden. Während Letztere durch die Theilung vom Jahre 1823 den streitigen Gütern ganz fremd geworden sind, so befanden sich die Beklagten seit 1823 in der Gemeinschaft der Gewere. Da nämlich die letztere Besitzerin während ihres ganzen Lebens minderjährig war, und da von Seiten der Vormünder eine andere Bestimmung nicht getroffen wurde, so hatte die Mutter der A. C. J., die Ehefrau des J. B. die gesetzliche elterliche Nutznießung (erstes Einführungsedikt §. VIII. 3) und befand sich sonach in der Gemeinschaft des Genusses. — Nach dem Gesetze vom 15. November 1833, §. 1 sollen bei Wiederverleihung von heimgefallenen Schupflehen die Geschwister des letzten Besitzers vor andern Verwandten berücksichtigt werden) argumento a minori ad majus muß die gleiche Billigkeitsrücksicht auch bei Erbbeständern eintreten, um so mehr, als wie im vorliegenden Falle, häufig auch Familiengemeinschaft und bisherige gute Bewirthschaftung für Wiederverleihung an die nächsten gesetzlichen Erben sprechen!

§. 8. Dies wird besonders deutlich durch einen Rückblick auf die Geschichte des französischen Gewohnheitsrechts. Auch in Frankreich gab es, wie in Deutschland, rechte Erbleihen, welche unter dem Namen der Emphyteose, der Locatairie perpetuelle, des Bail à cens oder Bail à rente fonciere vorkommen und bei denen häufig die

Digitized by Google

nur von Lehen (fiefs) geltenden Grundsätze eine analogisch ausgedehnte Anwendung fanden. —

Da das französische Gewohnheitsrecht, wie das deutsche, nicht dem Grundsatze der Einheit der Verlassenschaft eines Menschen huldigte, sondern die einzelnen Bestandtheile unterschied, so kam man leicht dazu, die ursprünglich nur bei Lehen eintretende Rücksicht auf Streben nach Erhaltung des Gutes in der Familie auch auf die lehenartigen Güter ausdehnen. Man sah daher bei jeder Liegenschaft hauptsächlich darauf, von welcher Familie sie herkömmt. Man unterschied in diesem Sinne zwischen den s. g. acquêts (Erwerbsgüter) und den s. g. propres (Eigengüter). — Die ersten, zu welchen alle vom Erblasser selbst aus der Hand Fremder erworbenen Liegenschaften und Fahrnisse gehörten, wurden frei vererbt; — bei den propres, d. h. bei den Gütern, welche dem Erblasser durch Vererbung oder Vermögensübergabe von seinen Familiengliedern zugefallen waren, verlangte man dagegen die Weitervererbung an andere Familienglieder. Zu den propres wurden auch die Erblehen (censives) gerechnet, welche nach dem Satze: paterna paternis, materna maternis, entweder nur auf die väterlichen oder nur auf die mütterlichen Verwandten des Erblassers vererbt wurden, je nachdem sie als propres paternels oder propres maternels erscheinen.

S. F. Laferrière histoire du droit français. (Paris 1836.) Vol. I. p. 122. 159. 166.

§. 9. So lange in Frankreich das Lehenswesen bestand, so lange blieben natürlich auch dessen Nachbildungen und die damit zusammenhängenden Grundsätze in Kraft. Als aber jenes fiel, mußten auch diese fallen. Bei der Revision des Lehenswesens wurde jedoch nur das aufgehoben, was sich meist nur durch Mißbrauch der Gewalt, durch falsche Analogien und Rechtsdichtungen gebildet hatte. Man unterschied zwischen dem feodalité dominante und dem feodalité contractante und ließ die letzte, d. h. die durch Vertrag begründeten Rechte bestehen. In diesem Sinne wurden daher auch bei Erblehen alle durch Mißbrauch des Obereigenthums entstandenen Sätze, sowie die auf unrichtiger Analogie beruhende besondere Art der Vererbung abgeschafft, dagegen die durch Vertrag erworbenen Rechte des Obereigenthümers auf Leistung der Gülten, Zinsen und sonstigen Grundlasten aufrecht erhalten. Affranchis des lois de la feodalité, les fiefs et les *censives* n'ont plus été, que des biens allodiaux, soumis aux lois communes de la proprieté foncière. La proprieté a repris *l'independance antérieure* à l'epoque feodale sagt Laferière l. c. Vol. II. p. 154.

Hiermit mußte zugleich der frühere Unterschied von acquêts und propres verschwinden, das Gesetz wollte in Zukunft nicht blos Gleichheit der Personen, sondern auch Gleichheit der Güter. Diesen Grundsatz führte vorzüglich die

Loi du 17. Nivôse An. II. (1713)

durch, welche u. A. die Regel aufstellte: La loi ne reconnait aucune différance dans la *nature* des biens, ou dans leur *origine*, pour en regler la transmission."

Vergl. Laferière l. c. Vol. II. p 241, 349, 355. In dieser Regel lag nichts Neues, sie enthielt nur die Wiederherstellung eines alten und natürlichen Grundsatzes, wornach Niemand zwei Verlassenschaften haben soll. Es ist dies nur der Ausspruch des römischen Rechtes.

(Vergl. z. B. Mackeldey §. 605 und die dort citirten Stellen) „Nihil aliud est hereditas, quam successio in *universum jus*, quod defunctus habuit.

L. 24 D. de Verb. Sing.

L. 62 D. de Reg. Jur.

Während das deutsche und französische Gewohnheitsrecht verschiedene Arten der Erbfolge für das gewonnene Gut, für das Erbgut, Stammgut, Lehen, und sogar für Wehr und Waffen kannte, und bei dieser Trennung von Vermögenstheilen vorzüglich die Rücksicht auf die durch Blutsverwandtschaft zusammenhängende Familie hervorhob, ging das römische und mit ihm das neufranzösische Recht bei der Erbfolge davon aus, daß Jeder als Staatsbürger nur ein Vermögen haben könne, das von ihm und nach ihm von seinen Erben hauptsächlich zum Besten des Staates zu verwenden sei. An die Stelle der alten Familienschutzgenossenschaft war der Schutz des Staates getreten, der Begriff der Familie hatte sich erweitert, er umfaßte nicht mehr blos die von einem gemeinsamen Haupte abstammenden Blutsverwandten; die Familie war keine Rechtsgenossenschaft mehr, sondern nur eine Unterabtheilung im Staatsgebiete! —

§. 10. So wurde auch bei der Abfassung des Code civil auf die Familiengemeinschaft nur eine Nebenrücksicht genommen, man betrachtete nicht mehr die häufig unbekannte, oder im Verlaufe der Zeit gleichgültig gewordene Abstammung von einem gemeinschaftlichen Familienhaupte, sondern allein die mehr oder weniger innige Verbindung mit dem Erblasser selbst, man suchte den Grund des Erbrechtes nicht im bloßen Zufalle der Abstammung, nicht in einem Verhältnisse der längst dahin geschwundenen Vergangenheit, sondern allein in der Gewißheit oder doch Wahrscheinlichkeit der größern Zuneigung des Erblassers zu einer bestimmten Person, also in einem lebendig wirksamen Verhältnisse der Gegenwart.

Nach diesem système de l'affection presumée wäre es ungereimt gewesen, anzunehmen, daß die Zuneigung des Erblassers, je nach der Herkunft der Güter, eine ver-

Digitized by Google

schiedene seyn würde, da nicht die Familie, sondern nur Personen (Individuen) zur Erbschaft gerufen waren, so konnte sich die durch letzten Willen ausgesprochene (oder in dessen Ermangelung vom Gesetz unterstellte) Zuneigung nicht nach der Herkunft der Güter von einer Familie, sondern allein nach dem persönlichen Verhältnisse richten.

Keiner der Gesetzgeber entschied sich für das Gütererbrecht, alle waren für Einheit der Verlassenschaft

Vergl. Diskussion im Staatsrath vom 16. Dezember 1802 bei Locré Legislation civile etc. Tome X. p. 74 — 76.

Exposé de motifs von Treilhard (9. April 1803) bei Locré l. c. X. p. 182 — 184.

So werden in dem Tribunatsberichte vom 16. April 1803 (S. bei Locré l. c. p. 241 — 244) die Nachtheile der Unterscheidung von Erbgütern hervorgehoben und hierauf die Vortheile des Einheitssystems mit den Worten bezeichnet: „Ainsi plus de recherches longues et penibles, pour decouvrir et constater, de quel coté, de quel individu venaient les biens; plus de contestation sur leurs qualités de propres ou d'aquêts; plus de difficultés sur les diverses espêces de propres; plus de debats sur les droits et les qualités des divers heritiers.—Denn das Gesetz lebt in der Gegenwart.— Daher wurde der in vorerwähntem Loi du 17. Nivôse an. II. aufgestellte Grundsatz auch im Code civil angenommen, und ging von demselben in das badische Landrecht über, wo er als

Satz 732

dahin lautet: „weder die Natur der Güter, noch die Person von der sie herkommen, bestimmt den gesetzlichen Erbgang.“ —

§. 11. Nicht nur diesem obersten Grundsatz des Erbrechtes, sondern auch andern in diesen Leben geltenden Regeln würde eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Art der Vererbung bei Eblehen widersprechen. Wollte man z. B. die vom Vater herrührenden Güter nur auf die Brüder und Schwestern des Vaters vererben lassen, während noch Mutter und von dieser abstammenden Geschwister des Erblassers vorhanden sind, so würde dadurch eine Art von (gesetzlich unzulässigem) Erbvertretungsrecht in aufsteigender Linie oder ein Rückfallsrecht eingeführt werden, welches Letzteres doch nur im Falle des L.R.S. 747 bei einer von einem Ahnen geschenkten Sache ausnahmsweise eintritt. — Durch Ableitung von Erbrechten aus alten Erbbestandsbriefen würde, dem Verbote des L.R.S. 896 zuwider, eine Aftererbsetzung zum Vorschein kommen, insofern die ersten Verleiher des Erbbestandsgutes schon zum Voraus die Reihe derjenigen bestimmt hätte, welchen das gleichsam vermachte Gut als fidei possessoris commissum zufallen soll. — Es wäre dies sogar ein dem Verbot der L.R.S. 795, 1130 und 1600 zuwiderlaufende Art von Erbvertrag.

Das Gesetz, welches weder Erbverträge noch Aftererbsetzungen wollte, ließ von diesem Verbote keine Ausnahmen zu, um dasselbe vielmehr consequent durchzuführen, verbot es noch insbesondere in L.R.S. 1389 den Ehegatten, in irgend einer Weise in der gesetzlichen Ordnung des Erbrechts ihren Kindern oder Kindeskindern am elterlichen Vermögen oder des Erbrechts ihrer Kinder unter einander etwas zu verändern, — denn das Gesetz betrachtet die Art der Vererbung als eine mit Rücksichten des öffentlichen Rechts zusammenhängende Sache und erlaubt daher keine andere Abänderung, als eine auf einem letzten Willen beruhende. — Um consequent zu seyn, durfte es die allgemeinen Vorschriften des Erbrechtes bei Erbbeständen nicht ausschließen, sondern mußte dieselben vielmehr wiederholen, daher der L.R.S. 1831 b. d. welchen

Beaun in den Erläuterungen III. Bd. p. 632 für „eine Folge des Satzes 1389“ erklärt, den man aber geradezu für eine Folge der allgemeinen Vorschriften des badischen Erbrechtes erklären muß.

§. 12. Denn in Frankreich wurde in einem von Merlin in seinem Repertoire de Jurisprudence Tome IV. p. 580 verbo Emphyteose

erzählten Falle schon im Jahr 1807 blos auf den Grund des L.R.S. 732 vom Cassationshofe zu Gunsten der allgemein gesetzlichen Erben entschieden. — Die in gleichem Sinne ergangenen Urtheile des obersten badischen Gerichtshofes wurden schon in den Entscheidungsgründen des oben mitgetheilten amtlichen Erkenntnisses angeführt. In dem ersten der in den Jahebüchern erwähnten Rechtsfälle (§. 2 und p. 2) wurde durch Abweisung der klagenden Oheime von mütterlicher Seite in zweiter und dritter Instanz zu Gunsten des beklagten Vaters des letzten Besitzers entschieden, weil der Vater mit jenen das gesetzliche Erbrecht der L.R.S. 746 und 753 für sich hatte; — und als im zweiten Rechtsstreite der Obereigenthümer mit einer Heimfalleklage auftrat, wurde er gleichfalls abgewiesen. Die Gründe jener zu Gunsten der gesetzlichen Erben lautenden Entscheidungen geben deutlich aus den l. c. §. 8—12 dargestellten Ansichten der Referenten hervor und beruhen vorzüglich auf den mehrerwähnten L.R.S. 1831 b. d. n. 732.

Es ist dort auch zugleich der übrigens nach L.R.S. 2 b und 6 b. keinem Zweifel unterworfene Satz entschieden daß sich der unter der Herrschaft der neuen Gesetzgebung ereignende Vererbungsfalls auch nur nach dieser richte.—

§. 13. Dies muß um so mehr der Fall seyn, als, wie sich aus

Digitized by Google

Brauer, Erläuterungen I. Bd. p. 439 — 441 ad L.R.S. 577 aa — aq. ab.

ergiebt, durch das badische Landrecht das Erbbestandswesen im ganzen Lande der Zeit angepaßt werden sollte. „Man mußte, sagt Brauer, gesetzgebend einen großen, allgemein durchgreifenden Gesichtspunkt nehmen, und darauf die Sache mit dem wenigsten Anstoß an Privatberechtigungen hinführen, weil eine Bahn dahin ohne allen Anstoß unmöglich war" ꝛc. Daher würde von dem Herkömmlichen nur dasjenige beibehalten, was mit dem Geiste des neuen Gesetzbuchs verträglich war,

Brauer l. c. III. Bd. p. 633

und sich außerdem durch Gründe der Zweckmäßigkeit empfahl. —

Solche Gründe fand man hinsichtlich der Beibehaltung des Nutzeigenthums der Erblehen vorzüglich in der Rücksicht auf die im Jahr 1809 weniger durch erfindungsreiche Lebendigkeit, als vielmehr durch herkömmliche Beständigkeit sich auszeichnende Landwirthschaft, sowie in der Rücksicht auf die größern Landeigenthümer, welche in ihre Güter der Regel nicht selbst bauen. „Die Erbleihen (sagt Brauer l. c. III. p. 632) würden beibehalten, weil sie erblich Eigenthum geben, und deshalb für einen Staat, der viele und große Landeigenthümer hat, eine noch vortheilhaftere Benutzungsart sind, als der Todtbestand, (welcher im Geiste der damaligen Zeit selbst wieder den bloßen Zeitbestand vorgezogen würde,) — ferner, weil sie für manche Landeigenthümer, die nicht wohl veräußern können, wie Stiftungen und dergleichen Körperschaften, die Veräußerungsbefugniß auf eine Art ersetzen, wobei ihr Vermögen nicht auf bloßen Geldreichthum zurückgeführt wird, bei welchem die Stiftungen gegen Untergang schlecht gesichert sind."

Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, ob diese Ansichten noch jetzt ihre volle Anwendung finden, und ob nicht vielmehr durch die raschen Fortschritte, welche die Landwirthschaft seither gemacht hat und noch täglich macht, der für die freie Beweglichkeit des Landbaus zuträgliche Zeitbestand bei gehöriger Vorsicht weniger Nachtheile mit sich bringt, als man manchmal fürchtet. — Dergleichen Gründe sind bei der Frage der Ablösung von der Gesetzgebung zu berücksichtigen.

(Vergl. den Commissionsbericht über Allodification der Erblehen in den landständ. Verhandlungen vom 4. Juli 1837.) —

§. 14. Hält man sich in einem nach dem bestehenden Rechte zu entscheidenden Falle, wie man muß, an die Gründe, auf welchen dieses Recht beruht, so ist klar, daß das Eigenthümliche des Erbbestandes außer dem Heimfall in der, auf dem Grund und Boden haftenden, erblichen Zinspflicht und in dem dieser Zinspflicht entsprechenden erblichen Benutzungsrechte liegt. Daher werden auch im L.R.S. 544 c bei der Begriffsbestimmung des Nutzeigenthums die Verfügungen, welche die bessere Genießbarkeit der Sache bezielen, oder die Erhaltung im Stand einer unveränderten Genießbarkeit bezwecken, als eigenthümliches Merkmal hervorgehoben. — Diese Punkte sind die Hauptsache, während die Art der Vererbung mehr eine Nebenfrage bildet, die für den Obereigenthümer ziemlich gleichgültig seyn kann, weil er nicht bei der Art, sondern nur bei dem Aufhören der Vererbung, d. h. bei dem Heimfall betheiligt ist. (S. oben.)

So lange die Vererbung dauert, hat der Erbbestandsherr nur darauf zu sehen, daß stets ein tüchtiger Besitzer des Gutes vorhanden ist, von welchem eine vortheilhafte Bewirthschaftung und gehörige Zinsentrichtung zu erwarten ist.

Von dieser Seite ist, beiläufig gesagt, gegen die Beklagten weder ein Einwand erhoben worden, noch kann ein solcher je erhoben werden, denn gerade die Familie des J. St. ist es, durch welche seit mehr als 15 Jahren, die jetzt streitenden Güter mittelst anhaltenden Fleißes und Arbeit nicht nur im besten Stande erhalten, sondern auch beteutend verbessert wurden.

Indem das Gesetz (L.R.S. 1831 b. g. 1831 b. h.) dem Obereigenthümer in der Regel nicht gestattet, die Einwilligung zur Veräußerung zu versagen, und für den Veränderungsfall sein Recht auf die Handlohnsforderung beschränkt, hat es deutlich zu erkennen gegeben, daß die die Stimme des Obereigenthümers bei der Veräußerung (um so mehr also bei der Vererbung) nur in sofern zu hören ist, als es sich um die Prüfung handelt, ob, nach den Worten des Gesetzes, „ein für Leistung der Erblehnspflichten sicheren Besitzer eintreten will oder nicht. —

Im dem Streite, welcher zwischen mehreren, mit Erbansprüchen auftretenden Personen obschwebt, kann natürlich der angebliche Obereigenthümer sich nur neutral verhalten, wenn er nicht etwa für Förderung eines Vergleiches unter den streitenden Theilen zu wirken vorzieht. Daher ist auch im vorliegenden Falle die evangel. Kirchensektion im ersten Rechtszuge nicht intervenirt.

§. 15. Zum Schlusse erlaube ich mir noch einen für das allgemein gesetzliche Erbrecht bei Erbbeständen sprechenden Grund hervorzuheben, welcher auch in den oben S. mitgetheilten Entscheidungsgründen angedeutet ist. Es ist dies ein negativer, im Stillschweigen des Gesetzgebers liegender Grund. Nachdem derselbe nämlich in L.R.S. 732 bestimmt hat, daß weder durch die Natur der Güter, noch durch die Person, von der sie herkommen, der gesetzliche Erbgang geregelt werde, fügt er in

Digitized by Google

L.R.S. 732 a

kurz hinzu: „ausgenommen sind hierbei die Lehen- und Stammgüter." — Warum werden hier nicht auch die Erbbestandsgüter genannt? Dies hätte geschehen müssen, wenn in Bezug auf sie eine Ausnahme gemacht werden wollte. Das Stillschweigen ist hier kein blos zufälliges, es ist absichtlich. Abgesehen davon, daß schon nach den allgemeinen Auslegungsregeln (L.R.S. 6 a. b.) und nach dem bekannten Axiom exceptio firmat regulam, diesem Stillschweigen eine nicht geringe Bedeutung beigelegt werden muß, ergibt sich dessen bedeutungsvolle Absichtlichkeit ganz vorzüglich auch aus dem, was der Mann darüber sagt, welcher bei der Abfassung unsers Landrechtes vorzugsweise thätig war. Aus

Brauer, Erläuterungen II. Bd. p. 56

ersehen wir, daß von dem Grundsatze der Einheit der Erbschaften bei Lehen- und Stammgütern nur deshalb eine Ausnahme gemacht wurde, weil bei demselben die Rücksicht auf Geschlechts- und Geburtsvorrechte nothwendig war. Der Zweck dieser Güter besteht bekanntlich (L.R.S. 577 c. a.) hauptsächlich in der Erhaltung des Namens und Stammes einer Familie. Ein solcher Zweck liegt bei Erbbeständen nicht zu Grunde. Daher sagt Brauer l. c. ausdrücklich: „Lehenartige Geschäfte des gemeinen Lebens ꝛc., z. B. Erblehen, bedürften schon diese Rücksicht (auf Glanz und Erhaltung einer Familie ꝛc.) nicht, daher sie den Zusatz 1831 b. d. zur Sicherheit ausdrücklich verbietet." — Mit Recht wollte der Gesetzgeber nichts von einem Bauernadel wissen: — wozu eine besondere, von der allgemein gesetzlichen abweichenden Art der Vererbung? —

Dr. M. Mittermaier.

II.

Ist die irrige Belehrung eines Inquisiten über die Strafe des wiederholten Bruchs der Landesverweisung bei der Bestrafung dieses Rückfalls als rechtlicher Milderungsgrund zu betrachten?

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises verfällte die Barbara Ludwig von Miltenberg wegen des zum erstenmal wiederholten Bruchs der Landesverweisung zu einer in Bruchsal zu erstehenden Zuchthausstrafe von einem Jahre, sowie in die Untersuchungs- und Straferstehungskosten, und sprach abermals die Landesverweisung gegen sie aus.

Die Inkulpatin rekurrirte wegen des Strafmaßes an das großh. Oberhofgericht, und erwirkte am 12. Nov. v. J., Nr. 4527 und 28 folgendes abändernde Urtheil:

„das hofgerichtliche Urtheil sei — so weit dagegen rekurrirt wurde — dahin abzuändern, daß Barbara Ludwig zwar des zum erstenmal wiederholten Bruchs der Landesverweisung für schuldig zu erklären, und wiederholt des Landes zu verweisen, diesfalls aber unter Verfällung in die Untersuchungs-, Straferstehungs- und Rekurskosten nur zu einer in Bruchsal zu erstehenden achtmonatlichen Zuchthausstrafe zu verurtheilen sei."

Die Motiven der Entscheidung sind:

Die Wiederholung des Bruchs der Landesverweisung ist gleich der Wiederholung aller übrigen Verbrechen unter dem Artikel 93 der Erläuterungen des Strafedikts gestellt, und im ersten Wiederholungsfalle mit der Verdoppelung — im zweiten mit der Verdreifachung der festbestimmten Strafe (des halbjährigen Zuchthauses) resp. mit einem oder anderthalb Jahren Zuchthaus bedroht. Die Angeschuldigte ist nun zwar schon durch hofgerichtliches Urtheil vom 20. Juni 1822, welches sie wegen ersten, gemeinen, großen Diebstahls zu einer vierzehntägigen Gefängnißstrafe und einfachen körperlichen Züchtigung verfällt, mit dem Bedrohen einer halbjährigen Zuchthausstrafe des Landes verwiesen worden.

Durch ein weiteres hofgerichtliches Urtheil von 10. Juni 1825 wurde sie ferner des dritten Diebstahls und der übertretenen Landesverweisung für schuldig erklärt, und gegen sie eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten nebst Willkomm und Abschied erkannt, sofort die abermalige Landesverweisung gegen sie ausgesprochen. Dessen ungeachtet ist sie am 14. April d. J. unter einem unwahren Namen, und ohne einen Reisepaß dahier wieder betreten und verhaftet worden — und somit des Bruchs der Landesverweisung wiederholt schuldig.

Obgleich hiernach die Angeschuldigte zu Folge der Bestimmung des Artikel 33 des Strafedikts verbunden mit Artikel 93 der Erläuterungen eine einjährige Zuchthausstrafe verwirkt hätte, so kömmt ihr ein Milderungsgrund zu statten, wodurch die Strafe herabgesetzt werden muß. Es wurde nämlich der Rekurrentin bei der Eröffnung des Urtheils vom 10. Juni 1825 (welches sie der übertretenen Landesverweisung für schuldig erklärte) nur die Strafe des ersten, und nicht des wiederholten Bruches der Landesverweisung vom Amte Weinheim bekannt gemacht, weshalb sie wegen der Größe der Strafe in Ungewißheit war.

Mit Rücksicht auf diesen nicht unbedeutenden Milderungsgrund, wurde das hofgerichtliche Urtheil in Betreff des Strafmaßes abgeändert, und statt einem Jahre nur auf acht Monate Zuchthaus erkannt.

S. Löw.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 9. November 1839.

I.

Nachtrag zum Aufsatz in Nr. 26 I. des Jahrgangs 1838 der Annalen, einen negativen Competenz-Conflikt betreffend.

Zur Widerlegung der „Erwiederung" in Nr. 3 I. dieses Jahrgangs der Annalen dürften einige Bemerkungen mit Rückweisung auf meinen frühern ausführlichern Aufsatz hinreichen.

1) Die Frage: ob die obrigkeitliche Ermächtigung einer Ehefrau, vor Gericht zu stehen, oder zu irgend *) einer Rechtshandlung, in das Gebiet der Rechtspolizei (der willkührlichen Gerichtsbarkeit) gehöre? darf bei der vorliegenden Competenz-Frage keineswegs auf die Seite geschoben werden, wie es in der „Erwiederung" unter dem Vorwande, daß der Begriff der Rechtspolizei zu unbestimmt und verschiedenen Ansichten über die Merkmale derselben unterworfen sei, geschehen ist. Es ist vielmehr dieses der wahre und richtige Standpunkt, auf welchem der Streit zu beurtheilen ist — Hic cardo rei vertitur. Es wird doch in der Gegenschrift ausdrücklich zugegeben, daß das ehevogteiliche Recht mit dem Pflegschaftsrecht überhaupt in Verbindung stehe. Nicht umsonst ist das Kapitel von der Geschlechts-Beistandschaft der Lehre von der Vormundschaft angereiht und im L. R. S. 515 e werden zwei Beistandschaften Einer Vormundschaft gleich gezählt — und daß die Aufsicht darüber durch die Vermittlung der Obervormundschafts-Behörden geführt werden müsse. Nun ist es ja nicht nur eine bekannte, in dem gemeinen Rechte entschiedene Sache, sondern auch in unserer Landesorganisation ausdrücklich gesagt und bestimmt, daß die desfallsige Geschäftsführung und insbesondere die Bestätigung von Rechtshandlungen solcher Personen, denen es an der vollen Selbstständigkeit gebricht, in das Gebiet der willkührlichen Gerichtsbarkeit gehöre. (Ich verweise auf meinen vorigen Aufsatz und auf d. Jahrb. d. Oberhofgerichts V. Jahrg. S. 167.) Sind die Vordersätze — wie wirklich — außer Zweifel, oder zugestanden, so kann auch die nothwendige Schlußfolge nicht bestritten werden, daß die obrigkeitliche Ermächtigung der Ehefrauen zu ihren Rechtshandlungen nur von den Administrativ-Behörden, in deren Hände die willkührliche Gerichtsbarkeit gelegt ist, und nicht von den Richterstellen zu suchen und zu ertheilen ist.

2) Der gegnerische Satz: „da alle über bürgerliche Rechtsfähigkeit und den Rechtsstand einer Person entstehende Fragen der Natur der Sache nach vor den bürgerlichen Richter und nicht vor eine polizeiliche Behörde gehören, so muß es auch der bürgerliche Richter seyn, welcher die Frage über die Ertheilung der Ermächtigung einer Ehefrau vor Gericht zu stehen, zu entscheiden, folgeweise sie selbst zu geben oder zu versagen hat," enthält eine unrichtige Schlußfolgerung. Die Entscheidung über den Rechtsstand einer Person gehört allerdings vor den Richter, sie setzt aber einen anhängigen Streit darüber und diesem als Grundlage eine wirklich angestellte Klage voraus. Etwas anderes ist es aber, den Rechtsstand einer Person prüfen und darüber entscheiden; und etwas anderes den Mangel der Rechtsständigkeit Kraft der obrigkeitlichen Gewalt ergänzen, der nicht selbstständigen Person dasjenige geben, was ihr fehlt. Der Schluß ist eben so unrichtig, als wenn ich sagen wollte: der Richter hat die Legitimation einer Parthie zur Sache zu prüfen und darüber zu erkennen, also hat er die fehlende Legitimation der Parthie zu geben *) ubi consequentia?

*) Von den verschiedenen Rechtshandlungen der Ehefrauen, insbesondere reden die L. R. S. 776, 805, 1029, 1096, 1413, 1417 1426, 1428 a., 1449, 1457 und 1458. In der Natur der Sache und in der angemessenen Function des Richters liegt es doch gewiß nicht, dergl. Rechtshandlungen die Bestätigung zu ertheilen, sondern wenn über das Daseyn, die Giltigkeit, Auslegung oder Auflösung des Geschäfts bei ihm Klage angestellt und Streit geführt wird, darüber zu erkennen. D. R.

*) Auch dem Minderjährigen, über dessen Rechtsfähigkeit der Richter zu erkennen hat, müßte derselbe die ihm anerkannter

Digitized by Google

3) Wenn ferner gesagt wird: „so gut es der Richter ist, welcher die zur Beendigung der Handelsganten geschlossenen Vergleiche zu bestätigen hat, eben sowohl wird er es der Natur der Sache nach seyn müssen, der die Frage zu entscheiden hat, ob einer Ehefrau zum Anfang eines bürgerlichen Rechtsstreites die Ermächtigung zu ertheilen sei — „so ist eine Vergleichung hier angebracht, gegen welche man wenigstens den alten Satz: exempla claudicant — anwenden kann. Die Bestätigung eines Vergleichs überhaupt ist zwar eben so ein Act der Rechtspolizei als die Bestätigung anderer Kontracte und gehört daher auch in der Regel den Rechtspolizeibehörden; für die Fälle aber, wenn die beim Richteramt schon anhängigen Rechtsstreite, wohin auch Ganten als ein Aggregat oder Complex von Streiten zu zählen sind, durch Vergleiche erledigt werden, hat das Gesetz zweckmäßig verfügt, daß die Bestätigung der Vergleiche von den Richtern der anhängigen Sachen ertheilt werde, indem damit ihre richterliche Functionen geschlossen sind, und an die Stelle der von den Parthien sonst zu erwartenden Entscheidungen nunmehr die Vergleiche treten, denen das Gesetz die Kraft in letzter Instanz gefällter Urtheile beilegt.

4) So wenig die Natur der Sache für die gegnerische Behauptung spricht, so wenig ist sie in der bestehenden Gesetzgebung gegründet. Man beruft sich zur Begründung derselben auf den dürren Buchstaben der Landrechtsätze 218 und 219 und auf das zweite Einführungsedikt zum Landrecht. Erstere — sagt man — haben die Ermächtigung der Ehefrau der Justizbehörde überwiesen; in letztern sind für alle dergleichen Staatsanstalten, welche nicht bei uns eingeführt wurden, die schon bei uns bestehenden Staatsbehörden benannt und ihnen die betreffenden landrechtlichen Geschäfte zugetheilt worden; wo nun dieses der Fall nicht ist, muß es bei den sub- und objektiven Bestimmungen des Landrechts sein Bewenden behalten. So lautet das gegnerische Hauptargument. Dieß ist es auch einzig, was die Votanten in den Hofgerichten sagen, welche den fraglichen Gegenstand zur richterlichen und oberrichterlichen Cognition gehörig erklären. Allein! zum ersten steht dieses Argument in Widerspruch mit der schon erwähnten ausdrücklichen Erklärung im Eingange des zweiten Einf. Edikts; zum andern ist nicht zu übersehen, daß die Bestimmungen dieses Edikts sich entweder nur über solche landrechtliche Geschäfte verbreiten, zu deren Besorgung nach der französischen Gerichtsverfassung besondere Einrichtungen und Staatsstellen bestehen, z. B. jene der Friedensrichter, Kronanwälte, Notariate, des Familienraths u. s. w., oder für deren Erledigung ein umständliches, förmliches Verfahren im ersten Buche des Code enthalten ist. — Für solche Geschäfte waren Bestimmungen im zweiten E. E. nothwendig, weil man von der frühern Absicht mit dem Code auch die franz. Staatseinrichtungen und Gerichtsverfassung einzuführen, abgekommen war. Gleiche Vorsorge war in Bezug auf die landrechtlichen Bestimmungen, welche die Geschäfte der Ehefrauen zum Gegenstand haben, nicht erforderlich, denn zu ihrer Erledigung kommen im Code keine den Franzosen eigenthümliche — bei uns nicht bestehende Staatsbehörden vor, auch enthalten die betreffenden Landrechtsätze für die Rechtsgeschäfte der Ehefrauen keine Vorschriften über das Verfahren als die einzige im L. R. S. 219., welche nur darin besteht, daß, wenn der Ehemann seiner Frau die Ermächtigung zu einer Rechtshandlung verweigert, sie ihn vor das Bezirksgericht des gemeinschaftlichen Wohnorts laden lassen darf, welches alsdann, nachdem der Mann vernommen oder gehörig vorgefordert worden, die Ermächtigung geben oder versagen kann. Eine Verhandlung zwischen Mann und Frau als Parteien gegen einander, wie sie zur Fällung eines richterlichen Erkenntnisses vorausgehen muß, ist hier nicht vorgeschrieben, eben so wenig ist von einem förmlichen Erkenntnisse oder einem Urtheile die Rede, sondern es wird nur gesagt: das Bezirksgericht könne die gebetene Ermächtigung geben oder versagen. Es war demnach bei Einführung des Code um so weniger Ursache vorhanden, hierbei etwas zu ändern oder zu erläutern, da unsere Bezirksämter die Bezirksgerichte und Rechtspolizeibehörden zugleich in einer und der nämlichen Stelle sind **) und keine weitere An-

---

maßen fehlende Fähigkeit, Verträge zu schließen, oder vor Gericht zu stehen, verleihen, beziehungsweise die obervormundschaftliche Genehmigung von Verträgen oder Ermächtigung zu Prozeßführungen ertheilen können. D. Red.

**) Eben weil unsere Bezirksämter zugleich Bezirksgerichte und Rechtspolizei-Behörden sind, der S. 219 ihrer aber nur in der Eigenschaft als Bezirksgerichte erwähnt, sind sie zu den ihnen dort zugewiesenen Ermächtigungen der Ehefrauen auch nur als Bezirksgerichte und nicht als Rechtspolizei-Behörden zuständig.

Alles, was dagegen aus der Natur des Geschäfts und aus Analogien abgeleitet wird, fände nur etwa dann Anwendung, wenn der S. 219 das genus „Bezirksämter", und nicht schon die species „Bezirksgerichte" als zuständig erklärte.

Es scheint übrigens nach dem ganzen Geiste des 2ten Einführungsedikts allerdings nur auf einem Versehen zu beruhen, daß die Ermächtigung der Ehefrauen nicht an die Polizeibehörden gewiesen wurden. Ist dies aber auch wirklich nur aus einem Versehen unterlassen worden, so hört deswegen der S. 219 nicht auf, Wirksamkeit zu haben. Ist diese Gesetzesstelle auch nur aus Versehen unverändert geblieben, so ist sie eben doch immerhin unverändert geblieben. D. Red.

Digitized by Google

weisung brauchten, in welcher Eigenschaft sie dergleichen vorkommende Geschäfte zu besorgen haben.

Wenn man übrigens:

5) sich so streng an den Buchstaben des Code — an die darin enthaltenen Worte: „Richter Bezirksgericht" hält — und keine Analogien dagegen aus unserer übrigen Gesetzgebung, insbesondere aus unserer mit der französischen sehr verschiedenen Gerichtsverfassung zuläßt; so muß auch die jenseitige Darstellung eines Verfahrens vor dem Oberrichter im Beschwerdenwege — als querela simplex — offenbar als grundlos erscheinen, da die einzige positive Erkenntnißquelle, der Code in den fraglichen Sätzen — nur vom Bezirksgericht des gemeinschaftlichen Wohnorts redet und es lediglich in desselben Ermessen stellt, die gebotene Ermächtigung der Ehefrau zu geben oder zu versagen. Nach dem Code findet gegen den Beschluß des Bezirksgerichts keine Berufung an den Oberrichter in irgend einer Weise Statt, sondern der Mann oder die Frau hat sich bei dem Beschlusse, gegen wen er immer ausfällt, zu beruhigen. Dieß ist nun zwar, wie es scheint, nicht recht, aber doch nicht anders zu machen, wenn man die Sache nicht in ihrem rechten Wege erörtert und erledigt. Der Code hat in den Materien, worüber er Vorschriften des Verfahrens giebt, ausdrücklich gesagt, wo er will, daß Berufung an den Oberrichter Statt finden solle. Dieß ist namentlich der Fall bei der Adoption in den Art. 357 und 358, in der Lehre von der elterlichen Gewalt, Art. 382, von der Minderjährigkeit und Vormundschaft, Art. 440 und 448, auch 468 mit Rückweisung auf 382; von der Entmündigung, Art. 500 und 503, auch 515. Es läßt sich diese Unterscheidung des Code gut erklären. Bei diesen Materien, in welchen ein Rechtszug an den Oberrichter freigestellt wird, muß allemal auf das eingeleitete Verfahren vom Bezirksgericht ein förmliches Erkenntniß gegeben werden. Eine Erledigung der Ermächtigungsgesuche der Ehefrauen aber bedarf keines förmlichen Erkenntnisses, keines Urtheils, denn der Code sagt schlechtweg: das Gericht kann die Ermächtigung geben oder versagen. Er sagt nicht, das Gericht soll erkennen, oder ein Urtheil geben und dagegen eine Berufung an den Oberrichter Statt finden. Was er nicht sagt und nicht darin liegt, darf man auch nicht hineinlegen, denn man hält sich ja an das Wort Richter, Bezirksgericht nemlich des gemeinschaftlichen Wohnorts ***).

6) Endlich mache ich auf einen mit meiner Ansicht gleichstimmigen Aufsatz (von Wilhelm Brauer) im 5ten Jahrgange der Annalen (1837) Nr. 26. I. aufmerksam, welcher gegen einen frühern Aufsatz des Verfassers der Erwiederung und gegen das Erkenntniß des Hofgerichts Rastatt gerichtet ist. Die Aemter, von denen es mir bekannt ist, daß dergleichen Fälle bei ihnen vorgekommen sind, namentlich das Stadtamt Karlsruhe, Bezirksamt Ettenheim, Kenzingen, Breisach u. s. w. halten die Ermächtigungsgesuche der Ehefrauen für rechtspolizeiliche Gegenstände und weisen die Rekurrenten an die obere Administrativ-Behörde. Je nachdem diese Ansichten haben, welche mit den Personen wechseln, werden die Rekurse von ihnen erledigt oder die Beschwerdeführer an die Obergerichte gewiesen. Die Parthien wissen oft nicht, wie man zu sagen pflegt, wer Koch oder Keller ist, werden auf Umwege geführt und in Zeitverlust und unnöthige Kosten versetzt. Unter diesen Umständen dürfte doch eine authentische Interpretation sehr erwünscht erscheinen.

Donsbach.

II.

Ueber Klagencumulation. Schließliche Erwiederung auf die Ausführung in Nr. 29 dieses Blattes.

Nur zwei Punkte sind a. a. O. herausgehoben, welche der Sache selbst wegen, eine nochmalige Erörterung wünschenswerth machen — auf alle übrigen Einwürfe werde ich zwar auch antworten, aber nur aus dem Grunde, um zu zeigen, auf welche Weise von der andern Seite gestritten wird. a) Zuerst wird behauptet, die Ansicht, welche ich vertheidigt, sei hauptsächlich deshalb irrig, weil der §. 673 Nr. 2, P. O. nirgends vorschreibe, daß das abgekürzte Verfahren nicht eintreten soll, wenn die Klage über eine unter 100 fl. betragende persönliche Verbindlichkeit, mit einer andern über 100 fl. zusammentreffe, und weil nach §. 251 eine zum abgekürzten Verfahren geeignete Klage nicht mit einer zum ordentlichen gewiesenen cumulirt werden solle.

Kein Einwurf ist leichter zu bestitigen als dieser: daß der §. 678 Nr. 2 das nicht sage, wird Niemand bestreiten — auf der andern Seite wird aber auch die gegentheilige Ansicht nicht bestreiten, daß er nicht sage, daß Ansprüche von 10 fl. und von 200 fl. nicht im nämlichen Libell cumulirt werden können. In der Beziehung hätte also die Minorität gewiß nichts von der von mir vertheidigten Majorität voraus.

Der §. 673 Nr. 2 spricht gar nicht von einer Cumulation; er verbietet sie also auch nicht; denn die Cumulation findet

---

***) Man kann sich streng an das mit dem französischen Grundtext übereinstimmende Wort „Richter" oder „Bezirksgericht" halten, ohne deshalb auch das damit in keiner Verbindung stehende franz. System der Rechtsmittel anzunehmen.

Uebrigens ist richtig, daß es bei uns für solche Fälle an Vorschriften des Verfahrens fehlt. Wenn man bei Fertigung der Prozeßordnung an diese Fälle gedacht hätte, so hätte man wahrscheinlich darüber wie im code de procedure civile unter einem Titel von procedures diverses spezielle Bestimmungen gegeben. D. Red.

Digitized by Google

nur bei der Klage Statt — der §. 673 Nr. 2 bezieht sich aber auf den ganzen Rechtsstreit. Er spricht von Streitigkeiten, nicht von Klagen; die Ausführung in Nr. 29 verwechselt aber beide Begriffe, die sich ebensosehr von einander unterscheidrn wie z. B. action und demande in der französischen Rechtssprache verschiedene Begriffe darstellen. — Das Wort und der Begriff Streitigkeit brzieht sich nicht nur, wie Herr Gegner annimmt, auf die Klage, oder um drutlicher zu reden, auf den einzelnen Klagpunkt — sondern auch auf die Einreden des Beklagten, auf die Beweisführungrn rc. auch auf die ganze Klagschrift, wenn auch mehrere Klagpunkte darin gehäuft sind. Niemals wird die Minorität beweisen können, daß der auf cumulirte Klagen erfolgende Rechtsstrrit nicht ebensogut eine Streitigkeit sei, als der auf eine einfache Klage erfolgende.

Der §. 251 kommt der Minorität ebensowenig zu statten. Er verbietet nur die Cumulation von Klagen, die sich nicht zur nämlichen Prozeßart eignen; ehe von seiner Anwendung die Rede seyn könnte, müßte die Minorität denn doch dargelegt haben, daß ein Fall der Anwendung vorhanden ist — mit was hat sie aber das nachgewiesen? Hoffenlich doch nicht mit dem Inhalt des §. 678 Nr. 2, denn dieser Paragraph sagt keine Sylbe davon, daß eine Klage von 100 fl. nicht mit einer andern von 200 fl. solle cumulirt werden können — er bestimmt allerdings für Streitigkeiten über 200 fl., ein anderes Verfahren als über Streitigkeiten von nur 100 fl., aber eine Streitigkeit ist ja, wie gezeigt, etwas ganz anderes als eine Klage und der Streit auf eine Klagschrift, in welcher ein Anspruch von 10 fl. mit einem andrrn von 1000 fl. cumulirt wurde, ist ebensowohl eine Streitigkeit, wie der Streit über eine nicht cumulirte Klage. Nach der eigenen Behauptung der Minorität, wonach mehrere Klagen des abgekürzten Verfahrens, wenn sie in Summe auch mehr als 100 fl. Werth haben, cumulirt werden können, ohne das Verfahren zu ändern, ist ja von ihr selbst zugegeben, daß der Streit über cumulirte Klagen auch eine Streitigkeit sei!

Uebrigens ist diesen hier, wie mir scheint, vollkommen widerlegten Einwürfen schon in meiner ersten Ausführung unter Nr. 2, 3 und 4 begegnet.

b) Was den §. 1207 der P. O. anbelangt, so ist schon früher a. a. O. pag. 117, hinter der Spalte, von mir bemerkt worden, daß, wenn die Minorität darauf sich stützen wolle, es nicht genügt, zu bewrisen, daß der Paragraph den ihm von der Minorität unterlegten Sinu haben könne, sondern bewiesen werden müsse, daß er ihn wirklich habe, d. h., daß eine Sache die in erster Instanz eine ordentliche war, deshalb in der Form der sumarischen Appellation verhandelt werden müsse, weil die Beschwerdesumme unter 100 fl. betrage. — Andernfalls könnte von einem Succurs dieses Paragraphen nicht die Rede seyn. Dieser Beweis ist nun in der letzten Mittheilung der Minorität auch nicht einmal versucht worden; — auf die Widerlegung dirses Postulats aber hier einzugehen, finde ich mich um so weniger bewogen, als es mir gegenwärtig an der nöthigen Muse gebricht, auch die Gründe meiner abweichenden Ansicht schon in meiner frühern Gegendeduction pag. 117 unten und 118 oben, und in den beiden Noten auf pag. 118 angedeutet sind. Der hiesige Gerichtshof verwirft auch in diesem Punkt die Theorie der Minorität, und hält drn Grundsatz fest, wie das Verfahren in erster Instanz war, so bleibt es in *appellatorio*.

Würde aber auch der fragliche Beweis geliefrrt, so wäre doch noch nichts, oder wenigstens nichts von Belang zu Gunsten der Ansicht der Minorität in der Hauptsache dargethan — denn die Analogie, welche sie — nach erbrachtem Beweise — geltend machen könnte, fände doch nicht Statt und zwar deshalb nicht, weil der §. 1206 und 1207 nichts an der Modalität des eigentlichen Verfahrens ändere, da sie nur andere Fristen für die summarische Appellation festsetzen, und also auch nur soweit rücksichtlich des Verfahrens in erster Instanz angezogen werden könnten.

In meiner frühern Grgndeduction habe ich übrigens pag. 117 gezrigt, daß der §. 1207 schon deshalb in der Frage niemals etwas entscheiden kann, weil er jedenfalls ganz gewiß auch eine andrre Beziehung hat. — Mrin Herr Gegner behauptet zwar pag. 188, daß die „ersten Appellationen des §. 1206 mit der Appellation gegen das Endurtheil gar nicht zusammentreffen können," — das ist aber nach dem Stand der Sache vor der Prozeßnovelle grundsalsch; denn nach dem früheren §. 391, der hier allerdings noch ins Auge gefaßt werden muß, wenn es sich um die Auslegung einer andern Strlle handelt, die nothwendig auf ihn Brzug zu nehmen hatte, können allerdings Appellationen übrr Verfügungen die nicht endlich entschriden, mit Appellationen über Endurtheile zusammentreffen. —

Damit wäre abgethan, was die Gegendeduction in in Nr. 29 irgend Scheindares enthält; ich habe nun nur noch einige Worte zu Beleuchtung drr Misverständnisse zu sprechen, von welchen die Gegendeduction ausgeht, und mich dann natürlich sehr leicht aus dem Felde schlägt.

1) In Seite 188, erstem Absatz: das ist rine deductio ad absurdum — es ist nur Schade, daß das *absurdum* fehlt denn nirgends habe ich im entferntesten die unrichtige Behauptung aufgestellt, oder auch nur als entfernteste Consequenz einer andern Behauptung angedeutet, daß man eine im ordentlichen Verfahren zu verhandelnde Klage mit einer Alimenten- oder Liquidationsklage cumuliren könne.

Digitized by Google

Von andern Fällen des abgekürzten Verfahrens, als dem in Nr. 2 des §. 673 der P. O., habe ich in der angeführten Ausführung gar nie gesprochen. Ich habe nicht gesagt, daß eine summarische Sache mit einer andern solle cumulirt werden können, sondern nur, daß, wo die Summe das Verfahren bestimme, auf die Summe aller cumulirten Klagen gesehen werden müsse. Ich habe auch nicht gesagt, daß die Regel, welche das Gesetz aufstelle, die Ausnahmen, welche das Gesetz daneben stelle, auffresse, sondern nur behauptet, daß, wo es zum mindesten höchst dubios sei, ob das Gesetz eine Ausnahme constituiren wolle, es bei der Regel bleibe.

2) Zu Seite 188, zweitem Absatz: der hier verlangte Beweis ist schon angetreten in meiner angeführten Erörterung pag. 118 verbis „doppelte Arrhen" ꝛc. Das Beispiel von 6 fl. und 10000 fl. will ich doch auch etwas zu meinen Gunsten verändern, die Summen 99 fl. und 101 fl. substituiren, und nun den Herrn Gegner fragen, ob es nicht ein großer Gewinn an Zeit und Kosten sei, wenn diese beide Forderungen in einem — wenn auch in dem ordentlichen Verfahren ventilirt werden können?

Uebrigens bin ich auch hier wieder ohne alles Verschulden mißverstanden worden, nirgends habe ich behauptet, daß das ordentliche Verfahren weniger koste als das summarische — eine etwas starke Zumuthung, die freilich den Angriff und die Widerlegung sehr leicht macht!! Als einen Grund für meine Behauptung habe ich überhaupt den Kostenpunkt gar nicht berührt — wenn man Nr. 1 S. 119 a. a. O. liest, wird man dort gerade den entgegengesetzten Gedanken ausgedrückt finden — es ist dort nämlich gesagt und nur gesagt, daß, wo die Summe über die Summe des abgekürzten Verfahrens sich erhebe, die Rücksicht der Kosten- und Zeitersparniß, welche das abgekürzte Verfahren bedinge, nicht mehr vorhanden sei!

Auch der Streich am Ende dieses Absatzes geht in die Luft, denn nirgends habe ich behauptet, oder auch nur angedeutet, daß nach der Vereinigung einer Forderung unter 100 fl. mit einer andern über 100 fl. im nämlichen Libell, zwei verschiedenartige Verfahren nebeneinander laufen sollen, und es hätte sich der Herr Gegner wohl hier noch erinnern können, daß Er selbst mich ganz anders verstanden habe, als Er den Eingang der Mittheilung pag. 187 schrieb.

3) Zu Seite 189, Absatz 1. — Wieder eine ganz und gar unbegründete Berichtigung! Ich habe zwar gesagt (pag. 119, Nr. 1), daß nichts anderes als die Summe entscheide — aber in welcher Verbindung? In Beziehung auf den §. 673 Nr. 2, wie sechs Zeilen weiter oben sehr deutlich zu lesen ist — in Beziehung auf Nr. 2, und deshalb habe ich die Nr. 2 dazu geschrieben!

4) Absatz 2 ist schon oben widerlegt — hier ist wieder der Begriff Streitigkeit mit dem Begriff Streitpunkt verwechselt.

5) Absatz 3. Diese Consequenz ruinirt die Ansicht der Majorität gewiß nicht, sie verstärkt sie noch viel eher, das ist freilich wahr, daß auch nach der Ansicht der Minorität diejenigen Klagpunkte, welche cumulirt werden dürfen, in einem Verfahren erledigt werden sollen, welches gegenüber dem ordentlichen Verfahren nicht kostspielig ist. — Allein das ist ja gerade der Stein des Anstoßes in dieser Beziehung, daß die Minorität viele Posten nicht cumuliren läßt, welche die Theorie der Majorität in einen Libell verbindet — auch in dieser Beziehung steht also die Ansicht jener der diesseitigen nach, denn in jedem Fall in welchem die Minorität die Cumulation gestattet, ist sie auch von der Majorität gestattet, während man den Satz nicht umkehren kann. — Wenn man, wie hier von dem Herrn Gegner geschehen ist, von der Unzweckmäßigkeit aus argumentiren will, muß man sich die Vorkenntnisse, welche der Gesetzgeber zu berücksichtigen hatte, ehe er eine Durchschnittlinie zieht, klar machen. Das abgekürzte Verfahren ist kürzer und wohlfeiler als das ordentliche, das ist unbestreitbar ein Vortheil, welches dieses Verfahren für alle Fälle festzuhalten gebietet, welche an sich dazu geeignet sind. Nun kann Niemand bestreiten, daß wenn eine Sache, abgesehen von einer andern, dazu geeignet ist, die Verbindung mit einer andern absolut keinen Grund abgibt, sie aus dem summarischen Verfahren zu weisen. — Auf der andern Seite steht aber ein anderer Vortheil, der Vortheil, den die Cumulation bietet, und der in Anbetracht, daß aus zwei Prozeßen einer gemacht wird, in Beziehung auf Zeit- und Kostenersparniß nicht nur, sondern auch in Beziehung auf den Frieden unter den Bürgern, wenigstens ebenso wünschenswerth ist, als die Vortheile des abgekürzten Verfahrens. Endlich lag die Nothwendigkeit vor, die Bagatellsachen von den größeren der Summe nach zu scheiden. Ich frage nun, welchen Weg hatte der Gesetzgeber einzuschlagen? denjenigen, auf welchem er die Vortheile, welche sowohl das abgekürzte Verfahren als die Cumulation gewährt, möglichst vereinigt. Diese Vortheile schließen sich aber zuweilen aus, weil nie ordentliche Sachen mit ordentlichen sollen cumulirt werden können, in dieser Beziehung hatte also der Gesetzgeber seine Wahl zu treffen, er konnte dies abgekürzte Verfahren begünstigen, indem er aussprach, wenn auch noch so viele Klagen unter 100 fl. zusammentreffen, findet dieses Verfahren Statt — oder er konnte die Cumulation begünstigen und aussprechen, alle Klagen und persönlichen Verbindlichkeiten können cumulirt werden. Die Entscheidung mußte ihm in diesem Fall sehr leicht seyn. Der Gesetzgeber

Digitized by Google

hatte nur zu erwägen, daß es sich hier immer um einen Fall handle in welchem mehrere Forderungen bestünden, und daß nach der Wahrscheinlichkeitsrechnung darüber gar kein Zweifel bestehen kann, daß von mehreren Forderungen die eine eher von der andern, auch der Summe nach, verschieden seyn werde, als ihr gleich, wenn nun die Cumulation in Beziehung auf Zeit- und Kostenersparniß, und in Beziehung auf den Frieden unter den Bürgern mehr und größere Vortheile gewähret, als das summarische Verfahren, so war hienach die Wahl schnell getroffen, der Gesetzgeber mußte so verfügen, daß die Cumulation, als die hauptsächlichste Rücksicht, immer Statt finden konnte. Er hat nur dann so verfügt, wenn sein Gesetz den Sinn hat, welchen ihm die Majorität beilegt, nach deren Theorie nicht nur in den Fällen, in welchen die Minorität cumulirt, sondern in allen Fällen cumulirt werden kann.

Die Minorität ist also auch auf dem Gebiet der Zweckmäßigkeit nicht glücklicher, als auf dem der grammatischen Interpretation — und es ist nicht schwer zu prophezeien, in welcher Weise der §. 673 Nr. 2, bei einer künftigen Revision der P. O. — wenn man anders des dafürhaltens wäre, daß eine deutlichere Redaktion desselben nöthig sei, seine genauere Bestimmung erhalten werde.

Was übrigens die besondere Präcision der P. O. anbelangt, so will ich diese Eigenschaft dahin gestellt seyn lassen, die zu erzielen wenigstens nicht ein Hauptaugenmerk der Redaktion war, da wie die Gesetzgebungscommission in ihrem Bericht vom 15. November 1830 — im Eingang — ausdrückt: „die sonst wünschenswerthe Kürze, welcher keine Rücksicht entgegentritt, wo es nur gilt, das in Uebung stehende in einem präcisen Ausdruck und in schicklicher Ordnung darzustellen — glaubte die Commission bis zu einem gewissen Grade dem Bedürfnisse des praktischen Geschäftsmannes unterordnen zu müssen, der im Drange der Geschäfte die Zeit zu einem gründlichen Studium entbehet, und dem sodann, was dem tiefern Eindringen ganz klar seyn kann, im Augenblicke des Gebrauchs leicht räthselhaft bleibt †)." Endlich nur noch die Bemerkung, daß auch der hiesige Gerichtshof in einem erst neulich vorgekommenen Fall wieder per unanimia der Ansicht der Rastatter Majorität beigetreten ist, und so wird es wohl überall gehalten werden.

Keller.

†) Der Sprache, oder der Ausdrucksweise der P. O., wird man übrigens im Ganzen eine rühmliche Präzision nicht absprechen können. Die angeführte Stelle in dem Berichte der Gesetzgebungskommission bezieht sich auch nicht auf die präzise Fassung der einzelnen Sätze, sondern auf die Präzision oder Kürze in Bezug auf die Eintheilung und Ordnung des Ganzen. Dies ist klar, wenn man mit der obigen Stelle den unmittelbar darauf folgenden Satz vergleicht, durch den sich jene Stelle erläutert:

„Diesem (dem praktischen Geschäftsmanne) die Anwendung zu erleichtern, hat man manche Folgesätze, welche bei näherer Erwägung allgemeiner Bestimmungen, oder bei Vergleichung verschiedener Artikel sich wohl von selbst ergeben, dennoch auszudrücken nicht unterlassen, Wiederholungen, wo sie mühsame Nachsuchungen ersparen konnten, nicht ängstlich vermieden, und des Zusammenhangs und der leichtern Uebersicht wegen Manches aufgenommen, was auch bloßen Instruktiv-Verordnungen überlassen werden durfte." D. Red.

III.

Kann die Ehefrau, wenn sie von den in der Gant ihres Mannes in Verlust gefallenen Gläubigern auf den Grund des L.R.Zusatzes 1521 a belangt wird, von diesen die nochmalige Nachweisung der Liquidität verlangen?

Deeisuß gegen Werthheimer.

Diese Frage ist bei der Häufigkeit der Fälle, in welchen sie vorkommt, unverkennbar von großer praktischer Bedeutung. Sie wurde in zwei neulich bei dem Hofgerichte des Unterrheinkreises zur Entscheidung gelangten Fällen verneint, und zwar aus folgenden Gründen: (es kamen dabei noch andere Punkte zur Entscheidung, die indessen hier als unsere Frage nicht berührend übergangen werden.)

ad 3. Gleich ungegründet erscheint die Behauptung der Beklagten, daß die Liquiderklärung der klägerischen Forderung in der Gant ihres Ehemanns gegen sie nicht wirke. Die klägerischen Forderungen sind laut der Gantakten unbezweifelt Gemeinschafts- oder Errungenschaftsschulden. Nach L.R.S. 1421, verbunden mit L.R.Sätzen 1498, 1499, 1404 a und 1528 verfügt der Mann über alles Gemeinschafts- beziehungsweise Errungenschaftsvermögen; er kann daher Schulden darauf kontrahiren und daraus folgt von selbst, daß er auch solche Schulden für die Gemeinschaft wirksam anerkennen und liquidiren kann, so lange die Gemeinschaft nicht aufgelöst ist, und daß er während der Dauer der Gemeinschaft allein dazu berechtigt ist. Die Gemeinschaft wird aber nur auf die in L.R.S. 1441 bezeichneten Arten aufgelöst und ist von der Frau nicht behauptet, daß bis zur Zeit des Anerkenntnisses und resp. des Gantvertheils die Gemeinschaft auf eine dieser Arten aufgelöst worden sei. Die Ehefrau muß daher, wenn es zu der in L.R.Zusatz 1521 a bezeichneten Schuldenzahlung aus dem zurückzunehmenden Einbringen kommt, ihren Antheil, d. i. die Hälfte (L.R.S. 1482) nach Maßgabe der Richtigstellung der betreffenden Gemeinschaftsschulden gegen den Ehemann sich zutheilen

Digitized by Google

lassen, darf eine nochmalige Liquidstellung nicht verlangen; nur die jedem Gläubiger zustehende Klage oder Einrede der Gefährden bleibt ihr vorbehalten. Daß sich durch die Gantserkennung die Sache im wesentlichen nicht ändern und namentlich eine Auflösung nicht bewirkt werde, ergibt sich bei Vergleichung der gesetzlichen Bestimmungen über das Gantverfahren mit dem L.R.S. 1441 schon auf den ersten Anblick. Zwar wird nach §. 824 der P. O. der Gemeinschuldner von der Eröffnung der Gant an der Verwaltung seines Vermögens verlustig; nirgends aber verfügt das Gesetz, daß er Schulden, die er für die Gemeinschaft kontrahirt, nicht mehr anerkennen dürfe: im Gegentheil ist ihm dieses Recht vom Gesetze ausdrücklich eingeräumt, nur ist er dabei im Interesse der Gläubiger unter die Controlle des Contradiktors und des Gantgerichts gestellt (§. 865 mit den §§. 823, 828, 829, 866, 867 der P. O.), wodurch aber überall an seiner Stellung zu der Gemeinschaft nichts geändert wird: nur neue Verbindlichkeiten kann er während der Gant gegen die Gemeinschaft nicht begründen; denn diese ist nach L.R.S. 1421 ff. ein Theil seines Vermögens, wenn auch seiner Verfügungsgewalt gewisse Schranken gesetzt sind; und nach dem allegorischen §. 824 der P. O. soll ja gerade mit der Ganteröffnung seine Vermögens-Verwaltung aufhören.

Wenn daher eine gegen die Gantmasse angemeldete Gemeinschaftsschuld und beziehungsweise Forderung, sei es auf das Anerkenntniß des Mannes oder auf geführten Beweis, durch richterliches Erkenntniß liquid gestellt ist, so ist eben damit die Forderung gegen die Gemeinschaft liquid, und folglich gegen die Ehefrau gerade ebenso verbindlich, als wenn der Mann außer dem Concurse bei bestehender Gemeinschaft sie anerkannt hätte; und sowenig die Ehefrau bei nachgefolgter Separation eine dergestalt gegen ihren Mann liquidirte Forderung noch wirksam widersprechen könnte, die Fälle der Gefährde ausgenommen, eben sowenig kann sie dies nach der Liquidstellung im Gantverfahren, gleichviel ob man annehme, daß die Ehegemeinschaft mit der Beendigung des Gantverfahrens, ohne besondern Antrag der Frau von selbst aufhöre, oder daß sie fortdauere, bis dieselbe in gesetzlicher Form die Separation verlangt hat und darauf vom Richter erkannt ist. Aus diesen Gründen muß die beklagte Ehefrau, welche eine Gefährde nirgends behauptet hat, die im Gantprozeß ausgesprochene Liquidität der klägerschen Forderungen gegen sich gelten lassen.

Es ist somit ein Beweiserkenntniß über die widersprechende Liquidation der klägerschen Forderungen nicht mehr nöthig, ihr Betrag ist vielmehr durch das Zugeständniß des Mannes und das Erkenntniß in dessen Gant unabänderlich richtig gestellt, und die Ehefrau kann sich der Verbindlichkeit zur Zahlung der eingeklagten Hälfte der in der Gant in Verlust gefallenen Forderungen des Gläubigers, aus dem rücknehmenden Einbringen nicht entziehen. Sie erscheint daher auch durch das unterrichterliche Erkenntniß nicht beschwert.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Zur Rechtfertigung dieser Ansicht könnte man vielleicht auch noch anführen, daß es sich gerade so verhält, als wenn in einer Gesellschaft Einer, der mit der Leitung und unbeschränkter Verfügungsgewalt in den Gesellschafts-Angelegenheiten von den Mitgesellschaftern beauftragt ist, eine Schuld kontrahirt und bei der Einklagung gegen die Gesellschaft sie — vorausgesetzt, daß er auch zur gerichtlichen Vertretung, durch die ihm ertheilte Gewalt ermächtigt ist, anerkennt, oder aber auf dessen Bestreitung, in Folge der Beweisführung die Gesellschaft für schuldig erkannt wird. Die einzelnen Gesellschafter werden sie nach L.R.S. 1864 weder während der Gesellschaft noch nach Auflösung derselben bestreiten können. Wie hier, so ist auch bei der ehelichen Errungenschaftsgesellschaft die Frau während der Dauer der Gemeinschaft als identisch mit der moralischen Person der Gesellschaft und nach Auflösung der Gemeinschaft als (partielle) Rechtsnachfolgerin derselben zu betrachten; sie kann daher nicht bestreiten, was sie und nur für sie ihr Mann anerkannt oder gegen die Gesellschaft richterlich ausgesprochen ist. Die Verfügungsgewalt ist nur bei der ehelichen Gesellschaft dem Manne von Gesetz für die Frau übertragen. Z.

IV.

Kindesaussetzung.

(Nachtrag zur Nr. 48 der Annalen von 1838.)

Die ledige Elisabeth Ritter von Unterschönmattenwag (im Großherzogthum Hessen) gebar am 16. Juli 1838 in der academischen Klinik zu Heidelberg ein Kind weiblichen Geschlechts und verließ mit demselben am 31. ejusd. die Entbindungsanstalt, nachdem sie von dem Assistenzarzte den Entlassungsschein erhalten und sich bei der Oberhebamme verabschiedet hatte. Den andern Morgen, früh nach 4 Uhr, wurde in einem Holzstalle zu Ziegelhausen ein angekleidetes Kind weiblichen Geschlechts, welches durch sein Geschrei die Aufmerksamkeit auf sich gezogen, unverletzt aufgefunden und alsbald in die vorgedachte Entbindungsanstalt verbracht, sofort von der Oberhebamme daselbst für das nämliche Kind erkannt, mit welchem den Tag zuvor die E. Ritter das Gebärhaus verlassen hat, um sich in ihre Heimath zu begeben. Die innerhalb 24 Stunden zur Haft gebrachte E. Ritter gab gleich im ersten Verhöre bei dem Oberamte Heidelberg Folgendes an: „Ich hatte nur noch etwa 30 Kreuzer und konnte daher nicht im Wirthshaus übernachten. Ich hatte zu dem Wege von Heidelberg nach Ziegelhausen die Zeit von 6 bis 10 Uhr Abends gebraucht, indem ich müde war und viel über meine unglückliche Lage

Digitized by Google

weinen mußte. Zu Ziegelhausen setzte ich mich an der Thüre des Vorplatzes eines großen Hauses nieder und blieb dort, so wie abwechselnd auf einer Bank unter einem nahestehenden Baum die ganze Nacht, wobei ich mein kleines Kind in meine Kleider einschlug und so vor dem Regen schützte. Morgens wollte ich denn nach Mannheim gehen, wobei ich das Kind um so weniger mitnehmen konnte, da ich keinen Heimathschein hatte. Ich legte daher das Kind gehörig eingewickelt und verwahrt, gegen 4 Uhr gestern früh, in eine offene Thüre des erwähnten Hauses u. s. w.

Diese Angabe stimmt mit allen sonst constatirten Umständen überein.

Aus den Acten ergiebt sich nicht, daß man die Ritter bei ihrer Entlassung fragte, ob sie mit dem nöthigen Reisegeld versehen oder einer Unterstützung bedürftig sei. Insofern scheint die vom Großh. Ministerium des Innern unterm 27. Nov. 1837 getroffene Anordnung nicht befolgt worden zu seyn. Durch den gegenwärtigen Fall ist übrigens die Unzulänglichkeit dieser Anordnung klar vor Augen gestellt. Als eine halbe Maßregel entspricht sie den Erwartungen nicht, welche man von ihr hegen mochte. Man würde sich irren, wenn man glauben wollte, daß der von dem Hofgerichte gestellte Antrag (Annalen von 1838 Seite 315) des aus öffentlichen Mitteln zu bestreitenden Fuhrlohns wegen keinen Eingang gefunden habe. Eine solche Sparsamkeit wäre am unrechten Orte angebracht; denn die durch die Untersuchung gegen E. Ritter entstandenen Kosten belaufen sich laut der Decretur auf 59 fl. 22 kr., während vielleicht der Transport der Ritter in ihre Heimath kaum den zwölften Theil dieses Aufwandes veranlaßt haben würde. Das Ministerium scheint vielmehr von dem höheren Gesichtspunkte ausgegangen zu seyn, daß man der persönlichen Freiheit solcher Wöchnerinnen, welche sich keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht haben, nicht zu nahe treten dürfe. Indessen dürfte das beantragte Auskunftsmittel mehr einer Wohlthat, als einem polizeilichen Zwang zu vergleichen seyn. Wenn die Ritter so schwach und müde war, daß sie 4 Stunden brauchte, um die kleine Strecke von Heidelberg nach Ziegelhausen zu Fuß zurückzulegen, so wäre gewiß eine Fuhre das Willkommenste gewesen, was man ihr hätte anbieten können. Man darf aber keck behaupten, daß sie, wäre ihr diese Wohlthat zu Theil geworden, weder auf den Gedanken gekommen, noch in die Lage gerathen seyn würde, ihr Kind wegzulegen und zu verlassen. Schwerlich hätte sich die Inquisitin, weil man sie nicht gehen, sondern fahren ließ, für eine Gefangene gehalten, oder sich in ihrer persönlichen Freiheit verkümmert geglaubt. Doch selbst zugegeben, eine solche Fürsorge sei als ein wirklicher Zwang zu betrachten, so wäre derselbe schon darum zu rechtfertigen, weil dadurch Verbrechen leicht verhindert werden können. Es handelt sich hier von einer Specialprävention, welche von den Criminalisten für zulässig erachtet wird;

Henke, Crim. Recht, I. Theil §. 19.

Tittmann, Strafrechtswissenschaft, I. Bd. §. 26.

Wie sollte man auch Bedenken tragen, ein hülfloses Kind vor den Mißhandlungen einer hartbedrängten, verzweifelten Mutter in Schutz zu nehmen. In unserm Falle würde der physische Präventionszwang darin bestanden haben, daß man die Mutter der Noth und Verzweiflung entrissen hätte, statt sie sammt dem Säugling, 14 Tage nach der Entbindung, gleichsam auf die Straße zu setzen und ihrem Schicksal zu überlassen. Nachdem sich in einem Zeitraum von wenigen Jahren im Bezirke des Oberamts Heidelberg fünf Fälle der besprochenen Art nach einander zugetragen haben, so läßt sich wohl die Erfahrung dafür anführen, daß ledige Wöchnerinnen, welche in der Regel innerhalb 14 Tagen nach ihrer Niederkunft aus der Entbindungsanstalt mittellos entlassen werden, leicht in die Lage kommen, ihre Kinder auszusetzen oder zu tödten. Es möchte eben deshalb keines speciellen Verdachts der Hinneigung zu diesem oder jenem Verbrechen bedürfen, um eine für sie wohlthätige und durch die Humanität gebotene Vorsicht von Polizei wegen eintreten zu lassen. Hat sich endlich eine Dirne schon vor ihrer Entlassung aus der Anstalt den Verdacht eines bösen Vorsatzes zugezogen, so ist die Polizei unzweifelhaft verpflichtet, der Ausführung desselben durch geeignete präventive Maßregeln entgegen zu wirken.

Bayer.

Nachtrag.

Kaum waren diese Bemerkungen niedergeschrieben, so lief die Anzeige von dem Stadtamte Mannheim ein, daß der Leichnam eines nur wenige Wochen alten Kindes im Neckar gefunden worden und daß eine gewisse Friedrike Eckhaus aus Kleinbockenheim (im k. baier. Kreise Pfalz) bereits geständig sei, dieses Kind, welches sie am 14. Juni in der academischen Entbindungsanstalt zu Heidelberg geboren, nach ihrer Entlassung aus derselben, oberhalb Mannheim in den Neckar geworfen zu haben, um es zu tödten und seiner los zu werden. Wir behalten uns vor, diesen Fall späterhin umständlicher in diesen Blättern mitzutheilen, um einen abermaligen Beleg zu liefern, daß Maßregeln der vorgeschlagenen Art unabweisbar sind, wenn man dergleichen Verbrechen nach Möglichkeit verhüten will.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 16. November 1839.

I.

Betrachtungen über die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nach welchen Rechtstreite über Forstberechtigungen überhaupt, und insbesondere hinsichtlich der Frage ihrer Erwerbung durch Verjährung entschieden werden.

Aus einem neulich vorgekommenen Rechtsfall entnahm ich ein Bedenken über die bei uns bestehende allgemeine Ansicht, daß da, wo eine Forstberechtigung gegen einen, dem Domänenfiskus gehörigen Wald durch Verjährung erworben worden seyn will, so geradehin eine 40jährige Verjährung verlangt wird, weil diesen Wäldern nach dem alten Recht die gegen den Fiskus auf 40 Jahre erstreckte Verjährung zu statten komme. Diese Frage besteht für sich, weil sie über die Forstberechtigungen hinausgeht, und sich auf alles Eigenthum des jetzigen Fiskus bezieht, insofern es aus der Zeit des deutschen Reichs sich herschreibt. Die sich so sehr häufenden Prozesse über Forstberechtigungen, und namentlich über Bedolzungsrechte der Gemeinden an den in ihrer Gemarkung liegenden Domänenwaldungen, und die sichere Voraussicht, daß bei dem steigenden Werth des Holzes dergleichen Rechtsstreite sich eher noch vermehren werden, führt aber zu einer ernstlichen Betrachtung der Rechtsgrundsätze, nach denen sie entschieden zu werden pflegen, und da mir dabei eine Ansicht klar geworden ist, die der jetzt so häufig angenommenen sehr widerspricht, so erlaube ich mir dieselbe umsomehr mitzutheilen, als die dadurch berührten Prozesse an sich von großer Bedeutung, und nicht selten für den ganzen Nahrungsstand von Gemeinden von entscheidendem Gewicht sind.

Die über dergleichen Forstberechtigungen bestandenen Grundsätze lassen sich wohl in fernerer Betrachtung des Umstands, daß seither in den meisten Fällen der Erwerbstitel der eingeklagten Forstberechtigungen in die Verjährung gesetzt wurde, dahin zusammenstellen:

1) man betrachtet die Forstberechtigungen als Rechtsverhältnisse, welche den Grunddienstbarkeiten rechtsähnlich sind, und behandelt sie daher nach den Grundsätzen der Dienstbarkeiten, und zwar insbesondere der unständigen, verboegenen Dienstbarkeiten.

2. Man unterstellt sie daher der Vorschrift des L.R.S. 691 dahin, daß sie vor Einführung des Landrechts überhaupt durch eine vollendete Verjährung erworben worden seyn müssen, wenn sie nicht einen vollständigen andern Rechtstitel haben.

3) Man legt den L.R.S. 691 dahin aus, daß er nur eine unvordenkliche, übrigens auch vor 1810 vollendete Verjährung als jetzt noch allein zulässige Erwerbung durch Verjährung zugiebt, oder

4) Man verlangt, wie neulich in dem von mir in den Annalen 1839. Nr. III. mitgetheilten Rechtsfall, für die wenn schon noch als zulässig erachtete 30- oder 40jährige Verjährung einen gerechten Titel.

Ueberall aber verlangt man eine vor Einführung des Landrechts, also vor 1810 vollendete Verjährung, und da der Beweis dieser Verjährungen meistens durch Zeugen zu führen ist, welche über einen vom Jahre 1810 an rückwärts liegenden 30- oder 40jährigen Zeitraum aussagen sollen, so müssen diese Zeugen 70 und 80 Jahre alt seyn, so daß sich mit ziemlicher Gewißheit voraussagen läßt, daß, wenn noch einige Jahre herumgehen, und man alsdann die Forstberechtigungen bestreitet, deren Beweis nicht mehr aufgebracht werden kann, weil die Gemeinden dazu keine tauglichen Zeugen besitzen, und daß daher solche Gemeinden mit ihren angesprochenen Berechtigungen meistentheils abgewiesen werden, wenn an den obigen Grundsätzen festgehalten wird.

Daß der L.R.S. 691 nur die unvordenkliche Verjährung als einen jetzt noch gültigen Erwerbstitel der darunter fallenden Dienstbarkeiten anerkenne, und daß er alle andern, wenn schon auch vor 1810 vollendeten und im alten Recht zugelassen gewesenen Verjährungsarten ausschliesse, ist von mir schon früher in den Annalen 1837 Nr. 15 II. bestritten worden, und ebenso habe ich in den Annalen 1839 Nr. 26 III. die andere Meinung bestritten,

Digitized by Google

daß nach dem gemeinen Recht die 30jährige erwerbende Verjährung von Dienstbarkeiten die Behauptung und den Beweis eines gerechten Titels verlange †) Es ist daher hier nicht nöthig, auf diesen Streit zurückzukommen, sondern man wird gegen alle jene, welche sich zu den oben sub 3 und 4 angeführten Meinungen bekennen, die Vorfrage erheben können und dürfen, inwieweit denn die Forstberechtigungen überhaupt nach den Grundsätzen der Grunddienstbarkeiten behandelt werden dürfen, und inwiefern sie insbesondere der Vorschrift des L.R.S. 691 unterstellt werden können.

Diese in ihrer Verneinung den Rechtsstreiten über Forstberechtigungen einen ganz andern Boden der Beurtheilung anweisende Vorfrage scheint aber noch nicht so geprüft worden zu seyn, wie ihre tiefe alles hier bedingende Bedeutung verlangt.

Will man nun anders das Gesetz nicht allein auf den Spruch bauen — sic volo, sic jubeo, stat pro ratione voluntas — so muß man als einen obersten Grundsatz jedes Gesetzes den anerkennen, daß es nicht auf die Vergangenheit zurückwirkt. Nimmt man nun an, daß der L.R.S. 691 die, wenn schon früher zulässigen und begonnenen Verjährungen als Erwerbstitel der darunter fallenden Dienstbarkeiten ferner als Erwerbstitel nicht zuläßt, legt man ihn noch sogar dahin aus, daß er nicht einmal die vor 1810 vollendetrn besondern Verjährungsacten als einen jetzt noch klagbaren Erwerbstitel der Dienstbarkeiten zuläßt, sondern als solchen Erwerbstitel allein die vor 1810 vollendete unvordenkliche Verjährung anerkennt, so ertheilt man ihm eine höchst eingreifende Zurückwirkung dahin, daß eine sogar vollendete und früher zugelassene erwerbende Verjährung keinen Erwerbsgrund abgeben könne, und daß ein nach früherem Recht ganz gesetzmäßig begonnener oder fortgesetzter Besitzstand den Erfolg nicht mehr haben könne, den ihm das frühere Recht ertheilte. Es ist dieses eine Verletzung des Grundsatzes der Nichtzurückwirkung des Gesetzes, der gerade bei Verjährungen durch den L.R.S. 2287 anerkannt ist.

Sowie daher diese Auslegung und Anwendung des L.R.S. 691 eine offenbare Verletzung des obersten, im L.R.S. 2 anerkannten Grundsatzes ist, daß Gesetze nicht zurückwirken sollen, so ergiebt sich daraus die rechtlich nothwendige Folge, daß er als Ausnahmesatz auf seinen ausgedruckten Fall zu beschränken ist. Er spricht aber selbst blos und allein von den verborgenen, jedoch selbstständigen, oder von den unständigen Dienstbarkeiten, sie seien offen oder verborgen, und wenn man nun diesen L.R.S. 691 auf die hier in Frage stehenden Forstberechtigungen anwenden will, so muß man nachweisen, daß sie entweder zu den verborgenen selbstständigen Grunddienstbarkeiten, oder daß sie zu den unständigen Grunddienstbarkeiten, sie seien offen oder verborgen, gehören, oder endlich man muß wenigstens beweisen, daß die Forstberechtigungen vermöge ihres eigenen rechtlichen Wesens nach Grundsätzen der Analogie mit denen im L.R.S. 691 angeführten Dienstbarkeiten gleichzustellen und deßhalb ebenfalls nach den von den Letztern geltenden Vorschriften zu behandeln sind. Es sollte zwar bei dem als Ausnahmesatz geltenden L.R.S. 691 nach bekannten Auslegungsregeln das Letztere, nämlich eine analoge Anwendung auf andere nur rechtsähnliche Vorkommnisse nicht eintreten, allein man kann gerade zur Verstärkung des Beweises, daß die Forstberechtigungen nicht unter den S. 691 gehören, diese analoge Anwendung an sich zulassen.

Daß die ihren rechtlichen Ursprung im deutschen Privatrecht findenden Forstberechtigungen keine wirkliche Grunddienstbarkeiten des L.R.S. 691 sind, daß sie weder zu den selbstständigen verborgenen, noch zu den unzuständigen Dienstbarkeiten unsers Landrechts gezählt werden können, bedarf wohl keines Beweises. Die Forstberechtigungen, als wie z. B. die Beholzungsrechte, die Laubrechte, die Rechte auf Raff- und Lesholz, waren schon unter dem gemeinen Recht keine eigentliche Dienstbarkeiten, sondern sie waren nur Rechtsvorkommnisse, welche nach den Rechtsgrundsätzen über Servituten behandelt wurden. Unser Landrecht beschränkt nun gegenüber dem frühern gemeinen Recht zumal im L.R.S. 637 das Wesen der Grunddienstbarkeiten, und was daher schon nach gemeinem Recht nicht als eine eigentliche Grunddienstbarkeit beurtheilt wurde, kann jetzt umsoweniger nach dem noch engern Landrecht als eine Grunddienstbarkeit betrachtet werden.

Man ist auch darüber allgemein einverstanden, daß die Forst-

†) Das Oberhofgericht hat seit längerer Zeit in allen vorgekommenen Fällen die Ansicht festgehalten, daß zwar der L.R.S. 691 einer vor Einführung des Landrechts vollendeten dreißigjährigen Verjährung einer unständigen Dienstbarkeit da, wo solche Dienstbarkeiten nach dem alten Recht durch dreißigjährige Verjährung erworben werden konnten, durchaus nicht im Wege stehe, — daß aber nach dem gemeinen Rechte die unständigen Dienstbarkeiten nicht durch dreißigjährige, sondern nur durch unfürdenkliche Verjährung erworben werden konnten. Es wurde diese, auf dem kanonischen Rechte beruhende, in neuerer Zeit von vielen Rechtsgelehrten bestrittene Ansicht von den Reichsgerichten durch Jahrhunderte von jeher festgehalten, und sie bildet sonach, wenn sie auch im Wortlaut der Gesetze nicht begründet wäre, gewissermaßen Eine der Modalitäten, mit welchen das fremde Recht in Teutschland rezipirt wurde.

D. Red.

Digitized by Google

berechtigungen keine eigentliche Dienstbarkeiten des L.R.S. 691 sind. Man sagt aber, da man früher diese Forstberechtigungen als rechtsähnliche Vorkommnisse nach den Grundsätzen über Dienstbarkeiten behandelt habe, so müsse man sie noch nach denselben Grundsätzen behandeln, weil weder ihre Natur noch das Wesen der jetzigen Dienstbarkeiten sich so geändert habe, daß die Grundsätze der Letztern nicht mehr anwendbar seien.

Man kann dieses zugeben. Man muß aber bei der großen Mannigfaltigkeit der Dienstbarkeiten, und bei der daraus entspringenden großen Verschiedenheit der über die verschiedenen Dienstbarkeiten geltenden Vorschriften sorgfältig in der Wahl derjenigen Dienstbarkeiten, und folgeweise derjenigen von ihnen geltenden Vorschriften seyn, unter welche die Forstberechtigungen eingereiht werden können, und wenn man dieses ist, so wird sich aus dem Wesen der Forstberechtigungen, ja es wird sich aus einer ausdrücklichen Vorschrift des Landrechts nachweisen lassen, daß die Forstberechtigungen nicht mit den in L.R.S. 691 erwähnten Dienstbarkeiten verglichen, daß sie also auch nicht unter dessen Vorschrift gestellt werden können.

So wie es sich davon handelt, den in L.R.S. 691 genannten Dienstbarkeiten andere Rechtsvorkommnisse zu vergleichen, so muß man sich vor allem die Natur und das Wesen der Dienstbarkeiten des L.R.S. 691 klar zu machen suchen. Durch seinen unmittelbaren Bezug auf die Dienstbarkeiten der L.R.Sätze 688, 689, steht er aber mit dem ersten Abschnitt des III. Kapitels über Dienstbarkeiten in der engsten Verbindung. Dieser Abschnitt handelt aber nur von den liegenschaftlichen Dienstbarkeiten, welche nach L.R.Sätze 686, 687, nicht der Person, sondern nur der Liegenschaft bestellt werden können, und welche daher zur ersten Bedingung ihrer Existenz ein praedium dominans verlangen. Die Forstberechtigungen, z. B. das Recht des Gemeindebürgers aus dem in der Gemarkung liegenden herrschaftlichen Wald Brennholz oder Nutzholz zu erhalten, das Recht des Einwohners eines Orts Laub- oder Leseholz zu holen, sind aber wenigstens in den bei weitem meisten Fällen nicht auf und für Liegenschaften bestellt, sondern sie sind ein Recht der Personen, der Gemeindebürger, und können daher in keiner Weise als eine Grunddienstbarkeit zum Vortheil eines Grundstücks betrachtet werden. ††) Bei derlei Berechtigungen giebt es kein praedium dominans, es ist also auch die Berechtigung keine Grunddienstbarkeit. Wenn man sodann die Art und Weise betrachten will, in welcher der mit der Forstberechtigung belastete Wald dient, so findet man alsbald, daß hier nicht von einem eigentlichen Dulden, wie bei wirklichen Dienstbarkeiten die Rede ist, sondern daß die auf dem Wald ruhende Pflicht nicht sowohl eine Last des Grundstücks, als vielmehr eine Pflicht des Waldeigenthümers ist, einen Theil der Erträgnisse des Waldes an den Berechtigten abzugeben. Derlei Berechtigungen sind aber ihrer rechtlichen Natur nach theilweise Nutznießungen an fremdem Gut, und dafür sind also die Grundsätze der persönlichen Dienstbarkeit der Nutznießungen bei weitem anwendbarer, und näher in der Rechtsähnlichkeit, als die Grundsätze der davon ganz verschiedenen liegenschaftlichen Dienstbarkeiten. Wäre der Holzberechtigte im Besitz des Walds, so wäre er ein vollkommener usufructuarius, und wenn man es nun zugeben kann, daß nach dem gemeinen römischen Recht zwar der alleinige usus nicht aber der alleinige fructus ohne usus als Dienstbarkeit gegeben werden konnte, so wird man eben gerade darin die Eigenthümlichkeit dieser deutschen Beholzungsrechte erkennen müssen, daß bei ihnen ein alleiniger fructus ohne usus vorkommt, und man wird, eben weil darin der alleinige Unterschied vom usus fructus liegt, daß der Holzberechtigte nicht im Besitz und nicht im usus des Walds ist, annehmen müssen, daß mit diesem einzigen Unterschied derlei Forstberechtigungen, so wie sie zumahl den Personen bestellt sind, nach den Grundsätzen des gemeinrechtlichen usus fructus und nicht nach denen von Urbanal- und Rustikalservituten zu betrachten waren, und noch zu betrachten sind.

Nach gegenwärtigem Recht, nach L.R.S. 630 kann aber der bloße fructus, die Nutzung der Früchte allein gegeben werden. Dieses Recht ist nach ausdrücklicher Vorschrift des L.R.S. 625, und nach seiner Stellung im Gesetz zur Nutznießung eine persönliche Dienstbarkeit, wie unser Landrecht in Verschiedenheit von dem Cod. Napoleon

---

††) Daß derlei Berechtigungen, wenn kein herrschendes Gut vorhanden ist, nicht zu den Grunddienstbarkeiten gehören, kann nach S. 637 keinem Zweifel unterliegen; es ist mir auch nicht erinnerlich, daß schon bei einer Entscheidung eine entgegengesetzte Ansicht angenommen worden wäre. Ist kein herrschendes Gut vorhanden, so werden sie wohl nie als Grunddienstbarkeiten, sondern gewöhnlich als persönliche Dienstbarkeiten, nämlich als Nutzungen (S. 625—636) behandelt.

Die Parteien, welche solche Berechtigungen ansprechen, oder ihre Anwälte suchen aber häufig das Daseyn eines herrschenden Guts, somit die Berechtigungen als Grunddienstbarkeiten, nachzuweisen, weil sie, wenn nur ein gemeines Nutzungsrecht angenommen wird, die nach S. 625, verglichen mit S. 617 und 619 drohende Eelöschung desselben fürchten. Und dies ist im Allgemeinen auch eine gegründete Furcht, in soweit sie nicht bei Forstberechtigungen durch die darüber bestehenden besonderen Gesetze beseitigt wird.

D. Red.

Digitized by Google

die Nutznießung und Nutzung nennt, und wenn nun sogar der L.R.S. 636 unter dem Kapitel von Nutzung und unter dem Titel von persönlichen Dienstbarkeiten ausdrücklich sagt:

„Das Nutzungsrecht an Holz und Wald wird besondern „Gesetzen zur Bestimmung überlassen,"

so wird man wohl behaupten dürfen, daß unser Landrecht nicht nur wegen Rechtsähnlichkeit, sondern auch ausdrücklich die Forstberechtigungen als Nutzungsrechte, d. h. als Berechtigungen erklärt, welche den Grundsätzen über persönliche Dienstbarkeiten eher zu unterstellen sind, denn jenen über liegenschaftliche Dienstbarkeiten des IV. Titels des II. Buchs des Landrechts. Daß aber unter dem im L.R.S. 636 erwähnten Nutzungsrecht an Holz und Wald gerade die Forstberechtigungen und nur sie zu verstehen sind, läßt sich nicht bezweifeln. Das vollständige Nutznießungsrecht an Wäldern und Holzungen kann wenigstens darunter nicht verstanden werden, weil darüber das Landrecht in den S. 590 flg. schon seine Bestimmungen ertheilt hat, und also deshalb nichts mehr *besondern* Gesetzen überlassen kann. Ist aber die vollständige Nutznießung in L.R.S. 636 nicht enthalten, so kann unter dem Nutzungsrecht an Holz und Wald nichts anderes verstanden werden, als die Forstberechtigungen. Es kann darüber um so weniger ein Streit seyn, als die französischen Rechtslehrer — **Pailliet** zu Art. 630, 536, **Delvincourt** I. S. 160 Nr. 4, — darin einverstanden sind, daß der L.R.S. 636 sich auf die in Frankreich wie in Deutschland bestandenen Forstberechtigungen bezieht.

Aus diesen gewiß richtigen Vordersätzen folgt aber mit der gleichen Richtigkeit, daß die schon nach dem frühern gemeinen Recht mehr Rechtsähnlichkeit mit der Servitut des usus fructus besitzenden Forstberechtigungen vom Landrecht ausdrücklich den Grundsätzen der Nutznießung und Nutzung unterworfen werden, und wenn es sich also in einem jetzt bestehenden Rechtsstreit um die rechtliche Natur dieser Forstberechtigungen fragt, wenn es sich darum handelt, welche Grundsätze darin in so weit anzuwenden sind, als sich keine besondere gesetzliche Bestimmungen über Forstberechtigungen nachweisen lassen, so kann die Antwort nur die sein, daß die Forstberechtigungen unter den Grundsätzen des frühern usus fructus und der jetzigen Nutznießung und Nutzung stehen. Und daraus folgt wiederum mit der gleichen Richtigkeit, *daß die seitherige Unterstellung der Forstberechtigungen unter die Grundsätze der Grunddienstbarkeiten, daß die seitherige Anwendung des L.R.S. 691 auf die Forstberechtigungen eine unrichtige war und ist, und sich in keiner Weise rechtfertigen läßt.*

Wenn also in einem Rechtsstreit von einer Erwerbung einer Forstberechtigung durch Verjährung die Rede ist, so hat man darüber die Grundsätze der Erwerbung des usus fructus durch Verjährung zu Rath zu ziehen, und wenn darüber gestritten wird, ob diese Verjährung vor Einführung des Landrechts vollendet gewesen seyn müsse, oder ob sie unter dem alten Recht begonnen, nach L.R.S. 2287 unter dem Landrecht fortgesetzt werden konnte, was mir in der allgemeinen Vorschrift des L.R.S. 2287 unzweifelhaft erscheint, so muß man überall die Grundsätze des gemeinen Rechts über die Verjährung bei der Nutznießung anwenden, und die Anwendung des L.R.S. 691 ist um so weniger zulässig, als er, wie gezeigt, nur auf einige Arten der Grunddienstbarkeiten geht, und als er überhaupt wegen seines Ausschlusses der Fortsetzung einer begonnenen Verjährung und insbesondere in seiner unterstellten Beschränkung der Erwerbung der in ihm genannten und unter ihn gestellten Rechtsverhältnisse durch Verjährung auf die alleinige unvordenkliche Verjährung ein in seiner Rückwirkung auf frühere Rechtsvorkommnisse so exorbitanter Satz ist, daß er sich am allerwenigsten einer ausdehnenden Anwendung auf andere nicht unter ihn gestellte und nicht unter ihn zu stellende Rechtsverhältnisse erfreuen kann.

Damit hätte man nun jedenfalls einen ganz andern Rechtsboden der Beurtheilung sämmtlicher Rechtsstreite über Forstberechtigungen erreicht, und wenn man nach der gewöhnlichen Meinung annimmt, daß auch die Nutznießung nach dem gemeinen Recht durch eine zehn-, zwanzig- oder dreißigjährige Verjährung erworben werden konnte, sowie, daß man im Mangel einer das gleiche bei der Nutznießung als wie bei den Grunddienstbarkeiten im L.R.S. 691 bestimmenden Vorschrift nach L.R.S. 2287 anzunehmen hat, daß eine im alten Recht begonnene Erwerbung der Nutznießung durch Verjährung unter der Herrschaft des neuen Rechts fortgesetzt werden kann, so würde man in vielen Fällen den sonst unmöglichen Beweis der erwerbenden dreißigjährigen Verjährung ganz leicht führen, und damit sich in der angesprochenen Forstberechtigung erhalten können, weil man alsdann keinen dreißigjährigen Besitzstand vom Jahr 1810 rückwärts zu erweisen hat, sondern der Beweis dieses Besitzstandes von da an 30 Jahre rückwärts ausreicht, wo man in der Forstberechtigung gestört wurde, was in den meisten Fällen wohl erst mit Einführung des Forstgesetzes im Jahr 1834 geschehen ist, und was sich selbst bei der vom Fiskus angesprochenen vierzigjährigen Verjährung durch Zeugen von 50 und 60 Jahren ganz gut darthun läßt.

Es ist aber eine gewisse Erfahrung, daß man da, wo man sein Recht aus dem frühern gemeinen Recht darthun muß, zumal dann keinen sichern Ausgang erwarten darf,

Digitized by Google

wenn man noch dazu, wie hier, nicht sowohl über bestimmte im alten Recht ausdrücklich behandelte Rechtsverhältnisse, als vielmehr über solche streitet, welche nur durch unsichere Analogien und schwankende Rechtsähnlichkeiten mit andern Rechtsverhältnissen bestimmt werden, so daß man selbst bei Gewinnung eines andern Rechtsbodens für die Beurtheilung der Forstberechtigungen doch nichts sicheres erreicht, sondern nur den Streit mit aller Ungewißheit seines Ausgangs auf einen andern Kampfplatz hinübergezogen hätte.

Man kann daher dabei nicht stehen bleiben, sondern man muß untersuchen, ob es denn nirgends gewisse und ausdrückliche Bestimmungen des Gesetzes giebt, nach welchen die Forstberechtigungen zu beurtheilen, und insbesondere die Hauptstreitigkeiten zu entscheiden sind, unter welchen Voraussetzungen eine jetzt unter Herrschaft des Landrechts einzuklagende Forstberechtigung als rechtsgültig existirend zu betrachten, und deshalb aufrecht zu erhalten ist. Und dieses ist denn unzweifelhaft der Fall.

Wie schon gezeigt, so handelt das Landrecht von den Forstberechtigungen im L.R.S. 636 und schreibt vor, daß sie besondern Gesetzen zur Bestimmung überlassen werden. Daraus folgt, daß nicht die Bestimmungen und Grundsätze des allgemeinen Gesetzes über die Forstberechtigungen entscheiden, sondern besondere Gesetze, und da wir nun im Forstgesetz vom 15. November 1833 ein solches im L.R.S. 636 erwähntes besonderes Gesetz haben, so müssen die Forstberechtigungen in allen über sie ergehenden Streitigkeiten nach dem Forstgesetz zumal in den Fragen beurtheilt werden, welche darin ausdrücklich entschieden sind. Das ist wohl so sicher und gewiß, als zweimal zwei vier ist.

Im Forstgesetz sind nun Vorschriften über die Forstberechtigungen zu dem Zweck enthalten, um darüber die im L.R.S. 636 zugesagten besondern gesetzlichen Bestimmungen zu treffen, und gerade dieser privatrechtliche Charakter des Forstgesetzes hinsichtlich seiner Bestimmungen über die Forstberechtigungen läßt sich gewiß nicht bezweifeln, wenn man den ganzen zweiten Theil des Forstgesetzes vom §. 100 — 136 durchliest, und wenn man den Bericht des Abg. Bekk über das Forstgesetz zu Hand nimmt, wo im Eingang ausdrücklich der zweite Theil des Forstgesetzes als privatrechtlicher Natur bezeichnet wird, und wo gesagt ist:

„in den Bestimmungen, welche da, wo verschiedene In„dividuen Rechte an einem und demselben Walde besitzen, „das Rechtsverhältniß dieser Betheiligten reguliren, be„findet man sich auf dem Gebiet des Privatrechts, und „man kann diese privatrechtlichen Bestimmungen unter „dem Titel der Forstberechtigungen zusammen„stellen."

Verhandlungen der 2. Kammer vom Jahr 1833, zweites Beilagenheft S. 155.

Die Bestimmungen des zweiten Theils des Forstgesetzes über die Forstberechtigungen sind aber als vollständig anzuerkennen. Es werden sämmtliche einzelne Forstberechtigungen aufgezählt. Sie werden in ihrem rechtlichen Wesen bestimmt, und da nun der L.R.S. 636 die Forstberechtigungen besondern Gesetzen anheimweist, so kann man jetzt nicht mehr fragen, sind sie Grunddienstbarkeiten oder sind sie persönliche Dienstbarkeiten, sondern man muß sie eben als Forstberechtigungen anerkennen, welche die Quelle ihres Rechts im Forstgesetz finden. Und wenn also ein Streit über den Anspruch einer Forstberechtigung entsteht, so kann es sich abermals nicht fragen, ob diese Forstberechtigung nach dem Landrecht durch Verjährung erworben werden kann oder nicht, sondern nur das ist die Frage, was das Forstgesetz dazu fordert, daß eine Forstberechtigung vor dem Gesetze als bestehend betrachtet werden kann.

Darüber giebt aber der §. 104 des Forstgesetzes eine vollständige Auskunft, indem er sagt:

„Neue Forstberechtigungen können nach Verkündung „dieses Gesetzes nicht mehr entstehen. Das Gesetz schützt „jene, welche auf einem besondern Rechtstitel beruhen, „oder sonst in rechtmäßiger Uebung sind, so „lange sie nicht nach Maaßgabe der §§. 134—164 abge„löst werden"

und darnach ist also die Frage zu beurtheilen, was dazu gehört, daß eine Forstberechtigung auch fernerhin ausgeübt, und vom Gesetz geschützt, also vom Richter als rechtsgültig zugesprochen werden kann. Es gehört dazu ein besonderer Rechtstitel, z. B. ein Vertrag, oder eine rechtmäßige Uebung, und alles was man seither von einer Nothwendigkeit einer vor 1810 vollendeten unvordenklichen Verjährung, oder auch nur einer dreißigjährigen vor 1810 vollendeten Verjährung zur fernern Existenz einer Forstberechtigung behauptet hat, ist offenbar irrig und gesetzwidrig. Das Landrecht bestimmt nichts über Forstberechtigungen; darüber ist nach L.R.S. 636 kein Zweifel, und das Forstgesetz schützt nicht nur oder nicht sowohl die nach L.R.S. 691 oder nach irgend einem andern L.R.S. verjährten Forstberechtigungen, sondern es schützt die zur Zeit seiner Wirksamkeit am 1. Mai 1834 in rechtmäßiger Uebung bestandenen Forstberechtigungen, und wer diese rechtmäßige Uebung beweist, den hat der Richter zu schützen, und dem hat er die Forstberechtigung, sowie er sie ausgeübt hat, zuzusprechen.

Daß es bei dieser Uebung insbesondere auf die Zeit der Einführung des Forstgesetzes, und nicht des Landrechts

Digitized by Google

ankommt, ist eben so wenig zu bestreiten, denn nachdem das Landrecht über die Forstberechtigungen nichts bestimmen wollte, und nach L.R.S. 636 nichts bestimmt hat, und nachdem daher die Forstberechtigungen vor Einführung des Landrechts unzweifelhafte rechtmäßige und gesetzlich erlaubte, zum wenigsten nirgends verbotene Verhältnisse und Zustände waren, so kommt erst mit Wirksamkeit des Forstgesetzes dessen neue Vorschrift im §. 104 in Kraft, daß keine neue Forstberechtigungen mehr entstehen können, und wenn nun dieselbe Satz sagt, daß die in rechtmäßiger Uebung bestandenen Forstberechtigungen zu schützen sind, so war der Zeit nach die Uebung so lange rechtmäßig, als die Entstehung der Forstberechtigungen nicht vom Gesetz untersagt war. Diese Untersagung geschah erst mit dem und durch das Forstgesetz und eben deshalb muß die Rechtmäßigkeit der Uebung hinsichtlich der Zeit bis zum Forstgesetz erstreckt werden.

Alles dieses wird auch durch die Verhandlungen, welche über den §. 104 des Forstgesetzes bei der zweiten Kammer gepflogen worden sind, auf das Beste bestätigt, und es ergiebt sich daraus noch die fernere Erklärung, was der Gesetzgeber denn eigentlich unter dem Ausdruck „rechtmäßige Uebung" verstanden hat.

Im Entwurf, den die Regierung der zweiten Kammer über das Forstgesetz vorlegte, war die Bestimmung des §. 104 nicht enthalten, sondern die Kommission setzte sie als neu hinzu, und bemerkte hierwegen in dem vom Abg. Bekk erstatteten Bericht:

zu §. 99 jetzt der §. 104

„die Kommission hat hier, wie das Landrecht im Satz „710 g. h. hinsichtlich der Grundpflichtigkeiten die Be„stimmung aufgenommen, daß nur diejenigen Forst„berechtigungen, welche gegenwärtig in Uebung „sind, fortbestehen sollen, neue aber gar nicht „mehr konstituirt werden können."

Verhandlungen der zweiten Kammer von 1833, zweites Beilagenheft S. 196.

Die Absicht der Kommission ging dahin unzweifelhaft dahin, daß die Forstberechtigungen nicht unter den Satz 691 gefallen waren, denn sonst hätten sie nicht sagen können, daß jene fortbestehen sollen, welche gegenwärtig in Uebung sind. Die Uebung wäre eine unrechtmäßige im Jahr 1833 gewesen, wenn der Satz 691 auf die Forstberechtigungen anwendbar gewesen wäre, und es wäre nicht nothwendig gewesen, ganz allgemein vorzuschreiben, daß keine neue errichtet werden können, wenn sie schon nach Satz 691 nicht durch Verjährung erworben werden konnten.

Dieses wird aber noch klarer durch die in der Kammer über den §. 99 gepflogene Berathung.

In der 35. Sitzung vom 7. August 1833 hatte ich den Strich des §. 99 vorgeschlagen, indem ich dabei von der Ansicht ausging, daß es dem Eigenthümer eines Waldes kraft seines im Eigenthum liegenden Dispositionsrechts zustehen müsse, desgleichen Forstberechtigungen zu errichten. Dagegen wurde nun von dem Berichterstatter Bekk unter andern in Hinsicht auf die Bestimmung wegen der rechtmäßigen Urbung Folgendes erwidert, was ich mir wörtlich anzuführen erlaube, weil die Aeußerungen meines verehrten Freundes in rechtswissenschaftlicher Beziehung ein wohl verdientes Gewicht besitzen:

„Was sodann den zweiten Absatz (von der rechtmäßi„gen Uebung) betrifft, so würde ich dessen Strich noch „mehr bedauern, denn darin liegt ein großes Privile„gium. Das Landrecht hat in dem Satz, der von „Grundpflichtigkeiten spricht, dieselben Worte gebraucht „und verfügt in dieser Hinsicht, das Gesetz schütze jene, „die gegenwärtig in rechtmäßiger Uebung sind. Daraus „hat sich ergeben, daß die Grundpflichtigkeiten von den „Gerichten in Verwaltungsstellen überall anerkannt und „aufrecht erhalten wurden, blos darum, weil sie in Urbung „waren, während umgekehrt andere Lasten, z. B. „Grunddienstbarkeiten, wie sie das Landrecht „aufführt, und wo ein gleicher Satz nicht be„steht, keineswegs schon blos darum, weil sie „in Uebung sind, sondern nur auf die Nachwei„sung eines Titels, beziehungsweise der Be„dingungen einer wirklichen Verjährung auf„recht erhalten werden. Hier bei den Forstberechti„gungen wollen wir nun aber, wie bei den Grundpflichtig„keiten ausdrücklich sagen, die bloße rechtmäßige „Uebung, ohne daß daraus ein verjährter Besitz „schon geworden ist, soll hinreichen, um den „Zustand aufrecht zu erhalten."

Mein Antrag wurde verworfen. †††)

†††) Ich will aus jener Verhandlung noch folgendes Weitere beifügen, wodurch die Absicht, die bei Fassung des §. 104 bestand noch klarer wird.

Der Satz, wie ihn die Kommission der zweiten Kammer vorschlug lautete:

„Neue Forstberechtigungen können nach Verkündung dieses Gesetzes nicht mehr entstehen. Das Gesetz schützt jene, welche in rechtmäßiger Uebung sind, so lange sie nicht nach Maßgabe der L.R.S. 129—131 abgelöst werden."

Sander erklärte sich gegen den ersten Theil dieses Satzes, indem er auch neue Forstberechtigungen errichten lassen wollte. Unter dieser Voraussetzung hielt er den zweiten Theil des Satzes für überflüssig und trug mit Welker auf die Streichung des ganzen Paragraphen an.

Digitized by Google

Verhandlungen der zweiten Kammer von 1833, siebentes Heft, S. 346. *)

Aus diesen Voraussetzungen werden sich nun nachstehende Folgerungen ableiten lassen.

1) Die Forstberechtigungen des zweiten Theils des Forstgesetzes sind keine Grunddienstbarkeiten im Sinne des Landrechts, und keine persönliche Dienstbarkeiten des Landrechts, sondern sie sind eine selbstständige Art von Rechten, die man an den Waldungen eines Andern besitzt.

Daß die Forstberechtigungen keine Grunddienstbarkeiten des Landrechts sind, folgt daraus, daß sie dem Begriff derselben nach L.R.Sätzen 637 und 686 in keiner Weise entsprechen. Sie thun dieses hauptsächlich deshalb nicht, weil sie in den beiweitem meisten Fällen nicht zum Vortheil und Gebrauch eines Grundstücks, sondern zum Vortheil einer Person des Berechtigten dienen. Wenn in der Anmerkung der Note (†) zu dem Aufsatz in den Annalen 1839, Nr. 31, I. gesagt wird, daß sie in den meisten Fällen dem Besitzer eines bestimmten Guts, z. B. der Gemeinde als Inhaberin ihrer Gemarkung zustehen, so muß man widersprechen, daß derlei Forstberechtigungen als Rechte der Gemarkung einer Gemeinde bestehen. Sie stehen mit der Gemarkung der Gmeinde als solcher nicht in Verbindung, sondern eher mit dem Kompler der Gemeindebürger oder vielmehr der Einwohner eines Orts als einer Art von moralischen Person. Sie sind deshalb auch keine Rechte der Gemeinde als Grundbesitzerin, sie sind kein Eigenthum derselben, sondern sie sind ein Recht der Gemeindebürger als Personen, ja in ihrer Entstehung häufig ein Recht der Ortseinwohner, wie z. B das Recht des Leseholzes bekanntlich nicht nur den Gemeindebürgern, sondern auch den Hintersassen, und jedem Ortseinwohner zustand und noch zusteht. Jedenfalls erklärt der L.R.S. 636 die unter ihm stehenden Forstberechtigungen als Nutzungsrechte, und daß sie mehr als solche, denn als eigentliche Grunddienstbarkeiten zu betrachten sind, ist in Frankreich nicht beanstandet. Merlin droit d'usage Sect. II. Es ist deshalb in dem Aufsatz der Annalen 1839 zur Bestätigung dessen auch angeführet, daß Troplong de la praescription p. 229 die Anwendbarkeit des Art. 691 läugnet, und zwar mit Recht, weil die Forstberechtigungen eben keine Grunddienstbarkeiten sind.

Nutzungsrechte als persönliche Dienstbarkeiten des Landrechts sind jedoch die Forstberechtigungen ebenfalls nicht, weil der L.R.S. 636 sie ausdrücklich von den über dergleichen persönlichen Dienstbarkeiten bestimmenden Vorschriften ausnimmt, und weil sie im Forstgesetz eigenthümlichen Bestimmungen und nicht jenen des Landrechts über die persönlichen Dienstbarkeiten unterworfen werden. Wenn daher in der angeführten Bemerkung zu der Note (†) gesagt wird, die Forstberechtigungen könnten nur als Nutzungsrechte bewilligt werden, so versteht sich dieses nur von den Forstberechtigungen, welche erst nach Einführung des Forstgesetzes errichtet werden, nicht aber von denen, die schon vor und bei Einführung des Forstgesetzes bestehen.

Erbdienstbarkeiten oder Grundpflichtigkeiten sind die Forstberechtigungen auch nicht, weil sie in den L.R.Sätzen 710 b. 710 gg. nicht als solche aufgeführt sind, und weil sie der L.R.S. 636 in seinem Ausschluß von den Bestimmungen des Landrechts auch von den Bestimmungen über die Erbdienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten ausschließt.

2) Die Forstberechtigungen als solche, d. h. als eine selbstständige Art von Rechten an den Waldungen eines Dritten, finden ihre Rechtsquelle in den Bestimmungen des Forstgesetzes, und in den darüber ausdrücklich gegebenen oder per analogiam anwendbaren Vorschriften des frühern

---

Der Berichterstatter suchte dagegen darzuthun, daß man im Interesse der Forstkultur keine neue Forstberechtigungen entstehen lassen soll, wobei er in Bezug auf die Nothwendigkeit und Bedeutung des zweiten Satzes das oben Angeführte vortrug, wornach zum Fortbestand der im J. 1833 in rechtmäßiger Uebung gewesenen Forstberechtigungen auch ohne besondern Rechtstitel dennoch aufrecht erhalten werden sollten.

In dieser letzten Beziehung bemerkte sodann Welcker:

„Was den zweiten Punkt betrifft, so bestimmt mich die Erklärung des Berichterstatters, den Satz beizubehalten .... Da nun der Berichterstatter zu Gunsten der Berechtigungen, die gegenwärtig geübt werden, sich für diesen Satz erklärt hat, so wird er auch nicht ungünstig urtheilen wollen, gegen die durch klaren Rechtstitel begründeten Berechtigungen, wenn sie auch nicht geübt werden, und ich möchte daher den Zusatz vorschlagen, nach dem Wort „sind" zu setzen: „„oder auf einem besondern Rechtstitel beruhen.""

Hierauf erwiderte der Berichterstatter:

„Was den Zusatz betrifft, „die auf einem Rechtstitel beruhen," so bin ich damit einverstanden. Nichts destoweniger ist auch die Bestimmung, daß Forstberechtigungen, „die in rechtmäßiger Uebung sind," geschützt werden sollen, nöthig, denn es gibt eine rechtmäßige Uebung, die noch keine Verjährung ist, wohl aber einen verjährungsfähigen Zustand begründet."

Nach dieser Erklärung wurde sodann der Vorschlag der Kommission mit dem von Welcker angetragenen Zusatze angenommen, und der Paragraph so gefaßt, wie jetzt der §. 104 des Gesetzes lautet. Die Red.

*) Soweit war ich gekommen, als mir der hier einschlagende Aufsatz in den Annalen 1839 Nr. 31. I. zu Gesicht kam. Da jedoch aus ihm abermals die Unterstellung der Forstberechtigungen unter das Landrecht insbesondere in Hinsicht ihrer erwerbenden Verjährung hervorgeht, so hatte ich um so weniger Ursache, an Vorstehendem etwas zu ändern, als ich im Nachfolgenden auf diesen Aufsatz Rücksicht nehmen konnte. S.

Digitized by Google

am Orte der Forstberechtigung gegolten habenden und für sie noch bis zur Ausführung des Forstgesetzes fort geltenden Partikular- oder gemeinen Rechts. Die Bestimmungen des Landrechts sind darauf insoweit nicht anwendbar, als sie nicht durch das Forstgesetz für anwendbar erklärt worden sind.

Der L.R.S. 636 schließt die Forstberechtigungen von allen Vorschriften des Landrechts ausdrücklich aus, und macht davon keine Ausnahme. Als das im L.R.S. 636 erwähnte besondere Gesetz ist das Forstgesetz zu betrachten, demnach anzuwenden. Wenn die Bestimmungen des Landrechts vom Jahr 1810 nicht anwendbar sind, und das Forstgesetz erst im Jahre 1834 erlassen worden ist, so können die Forstberechtigungen in dieser Zwischenzeit nicht als recht- und gesetzlos betrachtet werden, sondern die zur Zeit der Entstehung der Forstberechtigungen darüber geltenden Rechtsgrundsätze und Bestimmungen (und sie gelten bis zur Einführung des Forstgesetzes) dauern in so weit fort, als sie nicht durch das Forstgesetz eine Abänderung erlitten haben. Kommen übrigens bei den Forstberechtigungen Fragen in Streit, welche einen eigenthümlichen Rechtscharakter besitzen und nur in einem mittelbaren Bezug auf die Forstberechtigung stehen, so sind sie nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche über sie zur Zeit der Entstehung gegolten haben. Wurde z. B. über eine Forstberechtigung ein Vertrag im Jahre 1812 geschlossen, eine Urkunde im J. 1814 errichtet, so fanden darauf die Grundsätze des Landrechts allerdings Anwendung.

3) Neue Forstberechtigungen als die durch das Forstgesetz bestimmte selbstständige Art von Rechten an Waldungen Dritter können als solche vom 1. Mai 1834 an nicht mehr errichtet werden Jede Errichtung wäre nach L.R.S. 6 l. 1131, 1133, §. 104 des Forstgesetzes ungültig, und das Errichtete könnte nur, insofern die dazu erforderlichen Bedingungen vorhanden sind, als eine persönliche Nutzung unter Anwendbarkeit der L.R.Sätze 631, 617, 625, 619, 625 forteristiren.

4) Die zur Zeit der Einführung des Forstgesetzes bestehenden Forstberechtigungen dauern als rechtlich bestehend nach §. 104 des Forstgesetzes fort, insofern sie auf einem Rechtstitel beruhen, oder in rechtmäßiger Uebung sind. Diese rechtmäßige Uebung ist nicht nach den Erfordernissen der Verjährung zu beurtheilen, und die Rechtmäßigkeit der Uebung in der Zeit ist bis auf den Eintritt der Wirksamkeit des Forstgesetzes, bis auf den 1. Mai 1834 zu erstrecken.

Nach den obigen Mittheilungen aus den Verhandlungen der II. Kammer über das Forstgesetz kann man es wohl nicht bezweifeln, daß man unter dem Ausdruck des Forstgesetzes „rechtsmäßige Uebung" nicht eine rechtsbeständige, erwerbende Verjährung, sondern weniger verstehen, und also eine Forstberechtigung als ferner rechtsbeständig erklären wollte, wenn sie nur zur Zeit des Eintritts des Forstgesetzes in rechtmäßiger Uebung standen. Man wollte absichtlich das gleiche Rechtserforderniß als eine gültige Erwerbsart der Forstberechtigungen zulassen, welche der L.R.S. 710 g. b. als eine gültige Erwerbungsart oder, wenn man lieber will, als einen rechtsgültigen Fortbestehungsgrund der Grundpflichtigkeiten eingeführt hatte, und wenn man nun zum Besten der Grundherren und zu Lasten der Grundholden annahm, daß der Grundherr zur Fortdauer der Grundpflichtigkeit gegen den Grundholden keineswegs eine rechtsbeständige, erwerbende Verjährungsart von 10, 20, 30 Jahren, sondern nur das nachzuweisen hatte, daß er im Jahre 1809 in der Meinung recht zu thun die Grundpflichtigkeit erhoben, und daß der Andere, in der Meinung eine Rechtspflicht zu erfüllen, sie geleistet habe, so wäre es eine wahre Versündigung gegen das Recht, und eine Beleidigung des ganzen badischen Volks zu nennen, wenn man hier, wo es sich von Rechten des Grundholden, von Befugnissen des Landmanns gegen die Herren handelt, annehmen wollte, daß der Grundholde, der Bürger zu seinen Rechten gegen den Herrn mehr nachweisen müßte, als der Herr zu seinen Rechten gegen ihn, und daß der Bürger dem Herren frohnen müsse, wenn er ihm einmal gefrondet habe, nicht aber, daß der Herr den Fröhner das Holz auflesen lassen müsse, wenn er es auch viele Jahre in der Meinung, Recht zu thun, aufgelesen habe. (Schluß folgt.)

In allen Buchhandlungen, in Karlsruhe und Heidelberg in den Groos'schen Buchhandlungen und in Freiburg bei A. Emmerling ist zu haben:

Dr. H. Messerschmidt,

über Rechtmäßigkeit der Todesstrafe durch

Enthauptung

und über die bis jetzt gebräuchlichen, aber verwerflichen Verfahrungsarten beim Enthaupten; nebst genauer Beschreibung einer unter dem Namen Collumpön neu erfundenen, allen vernünftigen Anforderungen entsprechenden Enthauptungs-Maschine. Mit 5 lithogr. Taf. gr. 8. 54 kr.

Diese für den Criminalisten, wie für den Arzt gleich inhaltschwere Schrift beschäftigt sich zuerst im wahrhaft philosophischen Geiste und mit einem bewunderungswürdigen Scharfsinn mit der Frage: „ob die Todesstrafe rechtmäßig sei?" und gibt dann einen, gewiß für viele Leser sehr interessanten Ueberblick der mehrsten bis jetzt gebräuchlich gewesenen Todesstrafen und der dabei üblichen Verfahrungsarten. Der Hauptzweck derselben aber ist eine genaue, durch 5 lithographirte Tafeln veranschaulichte Darstellung einer neuen Enthauptungs-Maschine, durch die jeder mit deren Erbauung beauftragte Maschinenbauer hinlänglich in Stand gesetzt wird, sie ohne den geringsten Mangel im Großen darzustellen.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 23. November 1839.

I.

Betrachtungen über die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nach welchen Rechtsstreite über Forstberechtigungen überhaupt, und insbesondere hinsichtlich der Frage ihrer Erwerbung durch Verjährung entschieden werden.

(Schluß.)

Einen solchen alle Rechtsgleichheit über den Haufen werfenden Januskopf kann der Ausdruck rechtmäßige Uebung nicht haben, und kein badischer Richter, sondern nur ein Patrimonialrichter in Meklenburg wird ihn so auslegen *).

Es ist zwar richtig, daß uns eine positive Bestimmung des Begriffs einer rechtmäßigen Uebung fehlt, allein die negative Bestimmung, daß es ein weniger seyn soll als eine erwerbende Verjährung weist mit Sicherheit darauf hin, daß also insbesondere keine so lange Zeitdauer der Uebung nachzuweisen ist, als wie bei der Verjährung, und wenn der Berechtigte ein gehöriges Herkommen nach L.R. S. 6. f. nachweisen kann, so wird man gewiß auf diesen Beweis hin die Forstberechtigung als rechtlich fortbestehend zusprechen müssen. Weil aber bei der rechtmäßigen Uebung als einem durch das Forstgesetz sanktionirten Erwerbstitel der Forstberechtigung, und bei der Besonderheit dieses Titels keine

*) Die Behauptung, daß die Forstberechtigungen regelmäßig nur den Grundholden gegen ihre Herren zukommen, wird nicht richtig seyn, da eine Menge Forstberechtigungen, insbesondere Weidrecht ꝛc., auch den Grundherrn in den Waldungen der Gemeinden zustehen, worauf es indessen bei der Frage, was Rechtens sey, in keiner Weise ankommen darf.

Im Uebrigen scheint das Gesetz gerade die Forstberechtigungen, wem immer sie zustehen, noch besonders zu begünstigen, da der §. 101. des Forstgesetzes sich hinsichtlich derselben viel vortheilhafter ausdrückt, als der L. R. S. 710 gb. hinsichtlich der Grundpflichtigkeiten. Der. S. 710 gb. sagt nämlich:

„Das Gesetz duldet jene (Grundpflichtigkeiten), die dermalen in rechtmäßiger Uebung sind, so lang sie nicht abgelöst werden, aber keine Wiederauflebung derjenigen, welche außer Uebung sind, keine neue Einführung derselben."

Damit ist gesagt, das Gesetz, welches keine neue Errichtung von Grundpflichtigkeiten gestattet, wolle gleichwohl den schon bestehenden nicht in Weg treten, es dulde nämlich dieselben auch fernerhin, wenn sie noch in rechtmäßiger Uebung seyen, nicht aber ihre Wiederauflebung, wenn sie bereits außer Uebung gesetzt seyen. Man kann also sagen, die im Jahr 1810 in rechtmäßiger Uebung gewesenen seyen nur nicht aufgehoben, aber keineswegs sey ihnen durch die damalige rechtmäßige Uebung der Titel ersetzt, da das bloße fernere Dulden der damals geübten Grundpflichtigkeiten nur da einen Erfolg habe, wo diese auch an und für sich schon rechtlich begründet seyen.

Dagegen lautet der §. 104 des Forstgesetzes v. 1833 in Bezug auf Forstberechtigungen,

„Das Gesetz schützt jene, welche auf einem besondern Rechtstitel beruhen, oder sonst in rechtmäßiger Uebung sind."

Diese Bestimmung unterscheidet sich nun von jener über die Grundpflichtigkeiten in zwei Punkten:

1) Das Gesetz sagt nicht nur wie hinsichtlich der Letztern, daß es die im Jahr 1833 in rechtmäßiger Uebung gewesenen Forstberechtigungen noch dulde, sondern, daß es sie schütze. Wenn sie das Gesetz schützt, so überläßt es sie nicht nur, (wie beim Dulden) ihrem eigenen Werthe, sondern es verleiht ihnen Kraft, es gibt ihnen Bestand, wenn sie auch nicht schon nach den allgemeinen Gesetzen zu Recht bestehen sollten.

2) Der erwähnte §. 104 stellt ausdrücklich die rechtmäßige Uebung dem Rechtstitel gegenüber, er scheint also auch den Fall anzunehmen, daß diese rechtmäßige Uebung kein Rechtstitel sey, d. i. daß sie noch nicht zur Verjährung wurde, denn sonst könnte sie dem Rechtstitel ja nicht entgegen gestellt, nicht neben diesem erwähnt werden. Von diesem Gesichtspunkte aus müßte also eine Forstberechtigung auch auf den Grund einer rechtmäßigen Uebung, welche noch kein Rechtstitel ist, geschützt werden, wovon der L. R. S. 710 gb. in Bezug auf die Grundpflichtigkeiten nichts sagt.

Es wird zwar auch die Verjährung, obschon sie im eigentlichen Sinne ebenfalls ein Rechtstitel ist, einem Titel gegenüber gestellt. Dagegen, daß im §. 104 des Forstgesetzes unter rechtmäßiger Uebung die Verjährung zu verstehen sey, spricht aber außer dem

Digitized by Google

Rede von der Verjährung ist, und seyn kann, so folgt daraus noch der weitere beachtenswerthe und praktische Umstand, daß eben deßhalb auch gegenüber dem Fiskus der Berechtigte keine 40jährige Verjährung nachweisen muß. Das Privilegium des Fiskus und der Kirche bezieht sich nur auf den gegen ihn geltend gemachten Erwerbstitel durch Verjährung nicht aber durch rechtmäßige Uebung, daß übrigens dieser Erwerbs- oder Fortbestandstitel auch gegen den Fiskus geht, kann nicht bestritten werden. Der §. 104. macht hierwegen keinen Unterschied, und bei dem Forstgesetz hat wohl der Gesetzgeber daran gedacht, daß auch der Fiskus etliche Waldungen besitzt.

Daß aber die Zeit der Uebung als rechtmäßig bis zum Forstgesetz auszudehnen ist, unterliegt nach den Verhandlungen der II. Kammer keinem Zweifel, und läßt sich, wie schon oft gesagt, um so weniger bestreiten, als nach L.R.S. 633 das Landrecht auf die Forstberechtigungen keine Anwendung findet, demnach eine Forstberechtigung nach Einführung des Landsrechts der Zeit nach rechtlich ausgeübt werden konnte, und als erst das Forstgesetz die fernere Ausübung als ein Mittel des Erwerbs mit allen andern Erwerbstiteln untersagt hat.

Daß endlich das Wort rechtmäßige Uebung nicht dahin auszulegen ist, daß man zur Uebung als Recht dieses Recht, also einen Rechtstitel nachweisen müßte, ist ebenfalls klar. Der §. 104 unterscheidet die rechtmäßige Uebung von den besondern Rechtstiteln, und wollte man unter rechtmäßiger Uebung einen auf einen besondern Rechtstitel gegründeten Zustand verstehen, so würde der §. 104 einen Unsinn sagen, denn dem besondern Rechtstitel ist ja schon seine Fortwirkung ertheilt. Der §. 104 hätte zwar allerdings den Rechtstitel und die Uebung mit einander verbinden können, wenn er hätte vorschreiben wollen, daß nur die in Uebung stehenden besondern Rechtstitel ferner geschützt werden, wenn er aber sagt, daß jene Forstberechtigungen, welche auf einem besondern Rechtstitel beruhen, oder sonst in rechtmäßiger Uebung sind, geschützt werden, so giebt er deutlich zu erkennen, daß er den besondern Rechtstitel und die nur rechtmäßige Uebung als zwei Schützungsgründe sich entgegensetzt. Unter rechtmäßiger Uebung ist offenbar nur die Uebung in der Meinung Recht zu thun die bona fides zu verstehen.

5) Die rechtmäßige Uebung als Grund, daß seine Forstberechtigung auch ferner fortbesteht, bestimmt zugleich als ein Rechtstitel der Forstberechtigung für die Zukunft ihren Umfang in der Art, daß sie in dem Umfang zu schützen ist, wie sie ausgeübt wurde. Es gilt hier der Satz tantum praescriptum quantum possessum. Insofern jedoch über den Umfang der ausgeübten Forstberechtigungen nichts festes und gleichmäßiges bewiesen werden kann, so treten die Vorschriften des §. 105. des Forstgesetzes ein.

Mit der Vorschrift des §. 102. des Forstgesetzes, daß der Rechtstitel, welcher einen bestimmten größern Umfang der betreffenden Forstberechtigung gewährt, dann auch ein Recht auf Entschädigung giebt, wenn der Berechtigte durch eine im Interesse der Waldkultur eingetretene Beschränkung der Forstberechtigung einen Nachtheil erleidet, wollte man, wie der Bericht des Abg. Bekk p. 195 deutlich beweist, bestimmen, daß die bloßen auf Urbungen beruhenden Forstberechtigungen dieser Entschädigung sich nicht zu erfreuen haben. Ob man dieses aber durch eine bestimmte gesetzliche Vorschrift deutlich bestimmt hat, scheint mir zweifelhaft, und jedenfalls wird man eine Forstberechtigung, deren Uebung man in einem bestimmten Umfang nachgewiesen hat, als eine solche betrachten müssen, die einen bestimmten Umfang ihres Rechtstitel besitzt. Sie würde sich allerdings auch der Entschädigung des §. 102. in der Anwendung des §. 103. zu erfreuen haben.

6) Wenn man die bloße rechtmäßige Uebung in dem daraus zu ertheilenden Schutz der ferneen Uebung als einen eigenthümlichen Rechtstitel der Forstberechtigungen ansieht, so sind im §. 104 alle andern besondern Rechtstitel ohnedies aufrecht erhalten. Die Acquisitivverjährung ist aber etwas anderes als bloße rechtmäßige Urbung, sie ist daher gleichfalls ein besonderer rechtlich noch zulässiger Rechtstitel der Forstberechtigungen, und ihre Verjährungszeit ist bis zum Eintritt der Wirkung des Forstgesetzes bis zum 1. Mai 1834 zu benehmen.

Wenn man aber auch die rechtmäßige Uebung als gleichbedeutend mit einem verjährten Besitz, also mit dem Rechtstitel der erwerbenden Verjährung betrachtet, so ist die Zeit dieser Verjährung abermals bis zum 1. Mai. 1834 zu berechnen.

Diese wichtige höchst praktische Folgerung erlaube ich mir etwas weiter auszuführen, und wenn ich dabei nothwendi-

---

Sprachgebrauch auch die oben erwähnte Entstehungsgeschichte jenes §. 104.

Indessen hatte dieser §. 104 allerdings klarer sprechen sollen, wenn damit eine so singuläre Bestimmung beabsichtigt wurde, daß ein blos usukapionsfähiger Zustand schon als ein Rechtsstand geschützt werden sollte.

Jedenfalls wird man aber, wenn unter rechtmäßiger Uebung auch ein verjährter Besitz verstanden wird, annehmen dürfen, daß die Verjährung vom J. 1833 an, wo das Forstgesetz den verjährten Besitz fordert, zurückgerechnet werden dürfe, und zwar um so mehr, als nach L. R. S. 636 die Bestimmungen über Forstnutzungen besondern Gesetzen vorbehalten sind, und nun erst das Forstgesetz v. 1833 ein solch besonderes Gesetz ist, dasselbe aber nicht, wie der S. 691 mit dem J. 1810 einen besondern Zeitabschnitt für Verjährungen macht.

D. Red.

Digitized by Google

gerweise auf Widerholungen des hier schon gesagten komme, so möge mich der freundliche Leser durch die Wichtigkeit der Folgerung entschuldigt halten.

Der einzige Grund, warum man bis jetzt eine Begründung einer Forstberechtigung auf eine zeitliche oder unvordenkliche Verjährung mit einem Besitzstand seit der Zeit der Einführung des Landrechts nicht zugelassen hat, beruht darauf, daß man sagt, der L.R.S. 691, unter welchen die Forstberechtigungen fallen, versage dem Besitzstand während des Landrechts jede Kraft der Erwerbung der Forstberechtigungen. Es ist aber schon oft gesagt worden, und es kann, weil darauf hier alles beruht, nicht genug wiederholt werden, daß das Landrecht nach seiner eigenen Bestimmung des L.R.S. 636 auf Forstberechtigungen keine Anwendbarkeit haben will und hat, und daß demnach aus dem Landrecht in keiner Weise weder aus bestimmten Sätzen, noch aus Rechtsanalogien irgend etwas dahin entnommen werden kann, daß ein verjährter Besitz unter der Herrschaft des Landrechts nichts für die Forstberechtigungen folgere.

Sowie aber dargethan ist, daß das Landrecht auf die Forstberechtigungen hinsichtlich dieser Frage keine Anwendung findet, und man kann sich deßhalb noch auf einen Satz des Berichts des Abg. Bekk l. c. S. 197 des Inhalts beziehen:

„diese Bestimmungen (über eine Frage der Forstberechti-
„gungen) hätten auch in das Civilgesetzbuch aufgenommen
„werden mögen, wenn man dort nicht wegen ihrer
„eigenen Natur vorgezogen hätte, sie einer be-
„sondern Gesetzgebung zuzuweisen."

so muß man zum Ausschluß einer erwerbenden Verjährung während des Landrechts nachweisen, daß entweder die Forstberechtigungen nach den Vorschriften des frühern Rechts überhaupt nicht, oder nicht durch diese oder jene Verjährung erworben werden konnten, oder daß das besondere Gesetz über Forstberechtigungen die erwerbende Verjährung auch für die Vergangenheit gleichmäßig ausschließt, wie z. B. der L.R.S. 691. in seiner auf unvordenkliche Verjährung beschränkten Auslegung, die übrigen Verjährungen auch rückwirkend auf die Vergangenheit ausgeschlossen hat.

Daß dieses Letztere durch eine ausdrückliche Vorschrift im Forstgesetz geschehen seye, die man doch gewiß bei einer Rückwirkung eines Gesetzes verlangen darf und muß, ist nicht zu erweisen. Und daß man es nicht aus Folgerungen des Forstgesetzes entnehmen kann, daß vielmehr umgekehrt gerade das Gegentheil sich aus dem Forstgesetz ergiebt, das folgt unwidersprechlich aus der Bestimmung des §. 104. des Forstgesetzes, wo ja sogar der bloßen rechtmäßigen Uebung bis zum 1. Mai 1834 die Wirkung ertheilt wird, daß die nur geübte Forstberechtigung für die Zukunft geschützt; also aufrecht erhalten, also als rechtlich erworben betrachtet wird. Die rechtmäßige Uebung ist aber nichts anderes, denn ein mit der Meinung recht zu thun verbundener Besitzstand, der sich hauptsächlich von der Verjährung dadurch unterscheidet, daß er keine bestimmte zumal längere Zeit bedarf, und wenn also noch mehr nachgewiesen werden kann, wenn nachgewiesen wird, daß sich Jemand 30 Jahre lang im ungestörten, offenkundigen Besitz einer Forstberechtigung in der Meinung recht zu thun befunden hat, so muß ihm die Forstberechtigung noch um so mehr geschützt und aufrecht erhalten werden, weil überall da, wo das kleinere ausreicht, das größere noch mehr durchschlägt — minus majori in est.

Wenn aber das Landrecht auf die Forstberechtigungen nicht anwendbar ist, wenn das Forstgesetz die Verjährung bis zu seinem Eintritt zuläßt, so folgt daraus nothwendigerweise, daß also das alte Recht für die zumal unter ihm bestandenen Forstberechtigungen fortdauert, weil ja jedes Gesetz fortwirkt, bis es aufgehoben ist, und so hat man nur zu fragen, ob unter der Herrschaft des alten Rechts eine Forstberechtigung dermaßen im Besitz gestanden seyn konnte, daß daraus eine Erwerbung folgen konnte.

Diese Frage, in ihrer ganzen Allgemeinheit auf alle Verjährungen bezogen, muß nun bejaht werden. Allerdings konnten Forstberechtigungen, mag man sie als Rustikalservituten, oder als servitus usus fructus betrachten, durch Verjährung erworben werden. Die praescriptio triginta seu quatriginta annorum war jedenfalls dazu ausreichend. Das ist die Lehre der meisten Romanisten — Unterholzner §. 207. — Das hat die Praxis bei uns schon dadurch festgestellt, daß sie die vor 1810 vollendeten Verjährungen zuläßt, oder ihre Nichtzulassung nur auf die Ausschließung durch den L.R.S. 691 baut. Und das hat das Forstgesetz ausdrücklich sanktionirt, weil sie der Uebung vor dem J. 1834 die Wirkung eines ferneren Schutzes ertheilt, also einen Besitz mit der Wirkung der erwerbenden Verjährung vor Herrschaft des Forstgesetzes zuläßt.

Welche Verjährung nun für eine Forstberechtigung nachzuweisen ist, das kommt auf die Einzelnheiten des besondern Falles an. Doch muß der Vollständigkeit wegen noch eine Bemerkung gemacht werden.

Es giebt allerdings einige Rechtslehrer, welche bei den Servituten, zumal bei den persönlichen, die Zulassung einer erwerbenden Verjährung bestreiten, jedoch lassen auch sie den Erwerb durch eine unvordenkliche Verjährung zu. Immer nun, wie man muß, davon ausgegangen, daß das Landrecht auf die Forstberechtigungen keine Anwendung findet, so findet auch die Beschränkung der unvordenklichen Verjährung in der Weise keine Anwendung, daß sie im Jahr 1810 mit Einführung des Landrechts vollendet seyn müsse, d. h. daß man einen Zustand der Unvordenklichkeit

Digitized by Google

vom Jahr 1810 an rückwärts auf 40 Jahre beweisen müsse. So gut die dreißigjährige Verjährung bis zum J. 1834 grht, ebensogut muß auch die Unvordenklichkeit der Uebung der Forstberechtigung ihren Ausgangspunkt vom J. 1834 an rückwärts haben, und wer also nach den weiteren Bedingungen der Verordn. im Regierungsblatt Nr. X beweist, daß er vom Jahr 1834 an rückwärts 40 Jahre die Forstberechtigung geübt habe, dem müssen selbst Jene die Forstberechtigung zusprechen, welche ihre Erwerbung unter dem alten Recht nur durch eine unvordenkliche Verjährung zulassen. Eine und zwar lange rechtmäßige Uebung hat er dabei ohnedies bewiesen. Dieser Beweis kann auch hinsichtlich der Zeugen leicht geführt werden, weil dazu solche ausreichen, die im Jahr 1834 das Alter von 54 Jahren erreicht haben, und deren gibt es überall.

7) Als eine letzte Folgerung aus den obigen Vordersätzen ergiebt sich endlich noch die, daß zwischen den verschiedenen Forstberechtigungen in der Art kein Unterschied gemacht werden kann, ob sie auf Personen, oder auf Gemeinden als moralische Personen, oder als Inhaber einer Gemarkung, oder ob sie auf bestimmte Liegenschaften, wie z. B. nicht selten die Bauholzberechtigungen bestellt sind. Der L.R.S. 636 macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, und schließt also die Anwendung des Landrechts auf alle Forstberechtigungen aus. Das Forstgesetz macht ebensowenig einen Unterschied, zumal nicht im §. 104 und — ubi lex non distinguit, nb judice non distinguendum est.

Sind nunmehr die obigen Folgerungen richtig, sind die hier entwickelten Rechtsgrundsätze über die Forstberechtigungen als wahre und den bestehenden Gesetzen entsprechende anzuerkennen, so erübrigt noch die Erörterung einer weiteren daraus entspringenden abermals nicht unwichtigen Frage.

Es sind seither schon vielfache Prozesse über Forstberechtigungen bestanden, und meistens auf eine vor 1810 vollendete Verjährung gebaut, gegen die angesprochene Forstberechtigung entschieden worden, weil der Berechtigte mit seinem Beweis nicht aufkam. Es fragt sich nun, kann der Berechtigte abermals sein Glück versuchen, und seine Forstberechtigung aus dem neuen Grund vor den Richter bringen, weil er sie im Jahr 1834 rechtmäßig übt, oder weil er sie durch eine im Jahr 1834, oder vorher, jedoch nach 1810 vollendeter Verjährung irgend einer Art erworben habe? Mir scheint diese Frage bejaht werden zu müssen.

Die rechtmäßige Uebung einer Forstberechtigung im Jahr 1834 ist offenbar ein anderer Rechtsgrund der Klage, als wie z. B. die im Jahr 1810 vollendete dreißigjährige Verjährung. Da nun nach L.R.S. 1351 die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung darauf beruht, daß die ältere und neuere Klage auf demselben Grund beruhen, und dieses bei der auf eine rechtmäßige Uebung im Jahr 1834 angestellten Klage gegen die auf eine im Jahr 1810 vollendete dreißigjährige Verjährung gebaute Klage der Fall nicht ist, so kann diese neue Klage jedenfalls angestellt werden, ohne daß ihr die exceptio rei judicatae entgegnet werden kann.

War früher die Klage auf eine zeitliche Verjährung gebaut, so kann jetzt sicherlich auf eine Erwerbung durch unvordenkliche Verjährung vom Jahr 1834 rückwärts geklagt werden, oder war früher auf eine unvordenkliche Verjährung geklagt, so kann jetzt auf eine zeitliche Verjährung mit ihrer Vollendung unter der Herrschaft des Landrechts geklagt werden. Beides sind sicherlich je verschiedene Klaggründe, welche daher nicht unter der Wirkung des entschiedenen ersten Klaggrundes stehen.

Ich glaube aber auch, daß selbst, wenn früher auf eine unvordenkliche oder dreißigjährige Verjährung vor 1810 vollendet geklagt worden ist, jetzt darauf neu geklagt werden kann, daß man die unvordenkliche Verjährung oder die dreißigjährige Verjährung erst unter der Herrschaft des Landrechts vollendet habe. Es mag seyn, daß in diesen Fällen die Benennung des alten und neuen Klaggrundes die gleiche ist; allein diese Benennung ist mehr die juristische Kunstbezeichnung der Thatsachen, welche den Grund der Klage ausmachen. Nun ist aber bei der Verjährung nicht sowohl dieses Wort als Begriffsbezeichnung, als vielmehr die ihm unterliegende Thatsache des Besitzstandes sind der Grund der Klage, und da ein Besitzstand von 30 Jahren von 1810, und ein Besitzstand von 30 Jahren nach 1810 als äusserliche Thatsache schon ein verschiedener ist, als rechtliche Thatsache aber die große Verschiedenheit mit sich führt, daß im ersten Fall das Landrecht, im andern Fall das Forstgesetz den Besitzstand und seine Rechtmäßigkeit bestimmt, so wird man nicht sagen können, daß z. B. die entschiedene Klage über einen Besitzstand von 1780 — 1810 zu gleicher Zeit die Entscheidung des Besitzstandes vom Jahr 1800 — 1830 enthalte. Beiderlei Besitzstände als Klaggründe sind faktisch und rechtlich verschieden, können also zwei Klagen begründen, und die eine kann nicht durch die Rechtskraft der ersten verworfen werden. Es giebt auch verschiedene Testamente, und wenn eine Klage auf ein öffentliches Testament gebaut war und verworfen wurde, so kann immerhin eine neue Klage über dieselbe Verlassenschaft auf ein eigenhändiges angestellt werden. Das Wort „Testament" wie die Verjährung umfassen verschiedene That- und Rechtsbegriffe, und beide können daher auch verschiedene Klagen begründen.

Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Brkk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. T. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 30. November 1839.

I.

Ueber Thatbestand, gerichtliche Verfolgung und Strafe der unerlaubten Selbsthülfe.

(Rechtsfall.)

Im Laufe dieses Sommers verkaufte ein Holzhändler K. zu N. an zwei Zimmerleute N. von S. einiges Bauholz um den Kaufpreis von 191 fl. Die Zimmerleute erhielten von dem Verkäufer eine Rechnung über das Holz, welches sie sofort an einen anderthalb Stunde entfernten Bauplatz abführten und dort zu bearbeiten begannen. Schon nach einiger Zeit kam K. und verlangte von den Zimmerleuten den Kaufpreis: diese hielten ihm aber eine aus einem andern Bauunternehmen herrührende Gegenforderung entgegen, über deren Betrag sie wiederholt sich mit K. zu berechnen verlangten. Nach dieser Weigerung der Zimmerleute, den Kaufpreis sofort zu bezahlen, wandte sich K. an den Bauherrn, für welchen die Zimmerleute arbeiteten, und suchte von diesem das Geld zu erlangen. Der Bauherr erklärte aber, er habe nur mit den Zimmerleuten, aber nicht mit dem Holzhändler K. einen Vertrag abgeschlossen, und er könne daher auch diesem kein Geld für das Holz bezahlen.

Hierauf ging K. an das Amt, in dessen Bezirk der Bauplatz liegt, und verlangte von dem Richter, er möge auf das in der Arbeit, auf dem Bauplatz befindliche Holz Arrest erkennen. Da jedoch K. einen Grund für dieses Arrestgesuch nicht anzugeben vermochte, so wurde er von dem Richter über die Unstatthaftigkeit dieses Gesuches belehrt und solches daher nicht zu Protokoll genommen. Noch einmal versuchte K. von den Zimmerleuten N. den Holzpreis zu erhalten: als ihm aber wiederholt die Wettschlagung durch Gegenforderung entgegen gehalten wurde, gab er seinen Unwillen durch eine allgemeine Drohung kund, deren Bedeutung sich bald verwirklichen sollte.

Als nämlich am 17. Juni d. J. Morgens die Zimmerleute ihre Arbeit am Bauplatze fortsetzen wollten, fanden sie — kein Holz mehr. Sofort machte einer derselben bei dem Amte Anzeige und bat um gerichtliche Untersuchung, indem er, im Andenken an die Drohung des K. diesen als verdächtig bezeichnete. Der Beamte, welcher die lobenswerthe Gewohnheit hat, möglichst schnell beim Anfang einer Untersuchung zu verfahren, um keinen günstigen Augenblick zu versäumen, erließ sofort eine Requisition an das benachbarte Amt, in dessen Bezirk K. wohnt. Das Holz wurde bei K. gefunden und alsbald mit Beschlag belegt, verzeichnet und abgeschätzt. In der hierauf eingeleiteten Untersuchung gestand K. auch ein, daß er am 17. Juni Morgens in aller Frühe mit Beihülfe seiner Leute das Holz vom Platze weggeführt habe. Er bemerkte, er habe das Holz für sein Eigenthum gehalten: wenn er (wie von dem Ankläger behauptet wurde) noch anderes nicht von K., sondern von O. an die Zimmerleute verkauftes Holz mitgenommen habe, so sei dies wider seinen Willen geschehen. — In einer drei Tage nach der Abführung des Holzes bei Amt eingereichten, und von einem Anwalt verfaßten Eingabe hatte K. erklärt, er habe den Zimmerleuten nur als Bevollmächtigten des Bauherrn das Holz abgegeben: weil aber der Bauherr nichts davon wissen wolle, daß die Zimmerleute von ihm Vollmacht erhalten hätten, so sei „in Folge der Verläugnung des Mandats der „abgeschlossene Holzkauf nichtig geworden" (!), weil K. „bei dem Amte, welches sein Arrestgesuch nicht annahm, keine Rechtshülfe erhalten habe (!), sei ihm nichts übrig geblieben, als sein Holz wieder einzuladen und nach Hause zu fahren. Hievon wolle K. dem Amte nur deshalb die kurze Anzeige machen, „weil man in dieser reinen Civilsache lächerlicher Weise polizeiliche Hülfe angerufen zu haben „scheint."

Nach kurz gepflogener Untersuchung erließ nun das Amt folgendes, sofort verkündete Erkenntniß:

In Erwägung, daß es unbestritten ist, daß J. K. von N. an G. und J. N. von S. für 191 fl. 30 kr. Bauholz für den Hausbau des P. B. von Z. verkaufte, wonach er im Augenblick des Vertragsabschlusses nicht mehr Eigenthümer des

Digitized by Google

fraglichen Holzes war, und mithin auch nicht mehr darüber verfügen konnte;

In Erwägung, daß dieses Bauholz, nachdem es an die Baustelle gebracht und daselbst mit anderm Holze von H. O. untermischt war, nächtlicher Weile von J. K. resp. aus Auftrag desselben wieder abgeholt und nach R. geführt wurde;

In Erwägung, daß J. K., der diese Handlung zugesteht, darin juristisch keine Entschuldigung begründen kann, daß er wegen Zahlungssäumniß seiner Schuldner wieder zu seinem Holze habe greifen dürfen, indem ein solcher Zugriff oder Beschlag Niemand, als dem competenten Richter zustehen könnte;

In Erwägung, daß der Thatbestand eines Diebstahls darin zwar nicht zu erkennen ist, indem es an einer gewinnsüchtigen Absicht offenbar mangelt;

In Erwägung aber, daß eine eigenmächtige Selbsthülfe unter erschwerenden Umständen vorliegt, weil das Vergehen nicht nur auf eine sehr versteckte planmäßige Weise, sondern so leichtsinnig verübt wurde, daß sogar das O'sche Holz zum Theil mit entfernt wurde;

In Erwägung, daß dieses Vergehen polizeilich als Störung der öffentlichen Ordnung zu bestrafen und der Austrag der Civilrechtsfrage einer besondern Klage vorbehalten bleiben muß;

In Erwägung, daß den beiden (Zimmerleuten) R. das beseitigte Holz wieder zu Handen gestellt werden muß, ergehet

Urtheil:

In Untersuchungssachen rc. wird zu Recht erkannt:

daß J. K. von R. der Störung der öffentlichen Ordnung durch eigenmächtige Selbsthülfe für schuldig zu erklären und unter Verurtheilung in die Untersuchungs- und Straferstehungs-Kosten zu einer sechstägigen bürgerlichen Gefängnißstrafe zu verurtheilen und das von ihm auf dem Bauplatz des P. B. in Z. abgeholte Holz an G. und J. R. von S. auf Kosten des J. K. zurückzustellen sei." (V. R. W.)

Gegen dieses Erkenntniß recurrirte K. sofort, und zwar nicht nur gegen die ausgesprochene Strafe, sondern auch gegen die Anordnung der Rückerstattung des Holzes, indem er auch wegen dieses Punktes aufschiebende Wirkung begehrte. — Hiedurch erlitten die Zimmerleute, welche als Ankläger aufgetreten waren, den größten Nachtheil. Sie versuchten den K. auf gütlichem Wege zum Verzicht auf den gegen die Herausgabe des Holzes gerichteten Recurs zu bewegen und boten ihm Sicherheitsleistung an: allein umsonst. Deshalb nahmen sie zur Strenge des Gesetzes ihre Zuflucht.

Sie stellten bei Amt vor, daß das fragliche Holz zu einem Bau gehöre, der ohne dasselbe wohl nicht unter Dach gebracht werden könnte, weil anderes Holz nur mit großer Mühe und mit neuen Kosten herbeizuschaffen wäre: sie zeigten, daß der Bauherr sehnlichst auf die Vollendung des Baues warte, um solchen beziehen zu können. Sie bezogen sich auf den

§. 8 der Verordn. über Recurse in Polizeisachen (Regierungsblatt v. 1833 p. 65),

wonach wegen besonders dringenden Umständen (hier die Vollendung des Baues) der Vollzug, falls hierdurch kein unwiederbringlicher Nachtheil entsteht, ausnahmsweise gestattet oder befohlen werden kann. Sie beriefen sich ferner auf die Rechtsähnlichkeit des

§. 718. P. O.,

wonach bei einstweiligen Verfügungen ein dagegen ergriffenes Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben soll. — Sie leisteten endlich (anal. P. O. §. 1181) Sicherheit durch baare Hinterlegung von 191 fl. 30 kr., unter Beobachtung der Vorschriften des

Gesetzes vom 3. August 1837 und der Vollz. V. O. im Regierungsblatt 1838. S. 2.

In Folge dessen wurde von dem Amte, ungeachtet des von K. ergriffenen Recurses, der einstweilige Vollzug hinsichtlich der Rückerstattung des Holzes angeordnet.

Da nicht nur der Bauherr durch Verzögerung seines Baues, sondern auch die Zimmerleute durch Unterbrechung in ihrer Arbeit, mehrfache Zeitversäumniß und Auslagen einigen Schaden erlitten hatten, so intervenirte der Bauherr, während die Zimmerleute R. dem von K. ergriffenen Recurse insofern adhärirten, als sie darum baten, daß K. entweder zum Schadensersatz, oder zu einer dem Zwecke des Schadensersatzes entsprechenden Geldstrafe, oder zum Verluste des mit unerlaubter Selbsthülfe verfolgten Rechtes verurtheilt werden möge. Diese Anträge gründeten sich auf die im gemeinen Rechte

vergl. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechtes. §. 186.

geltenden Bestimmungen, oder die dort angenommene Praxis.

Auf gepflogene Recursverhandlungen erging sodann folgendes, in seiner Art einzige Erkenntniß der Großh. Regierung des Unterrheinkreises:

In Erwägung, daß Selbsthülfe an sich kein polizeiliches Vergehen, vielmehr bei dem Stillschweigen des Code Napoleon über diesen Gegenstand nach den hier in Anwendung kommenden Bestimmungen des römischen Civilrechtes zu beurtheilen ist (§ 3 des Einführungsediktes.);

In Erwägung, daß Selbsthülfe nur dann auch Gegenstand polizeilicher Einschreitung werden kann, wenn mit der Eigenmacht noch eine Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden war;

Digitized by Google

In Betracht, daß im vorliegenden Fall die Wegnahme des Holzes ohne alle derartige Störung vor sich ging;

In Betracht ferner, daß die als Erschwerungsgrund angeführte Wegnahme des O'schen Holzes nicht erwiesen ist und jedenfalls nach den aktenmäßigen Umständen blos auf Versehen beruht hat;

Aus diesen Gründen wird das amtliche Erkenntniß vom .... auf dagegen ergriffenen Recurs als incompetent erlassen, unter Verfällung der Recurse in die Kosten, hiemit aufgehoben."

Dieses Erkenntniß läßt mehrere Fragen durchaus ungelöst, von denen ich nur kurz folgende hervorheben will:

1) Seit wann ist Selbsthülfe kein polizeiliches Vergehen?

2) Seit wann ist der Code Napoleon zum Strafgesetz geworden?

3) Seit wann ist Selbsthülfe im Staate erlaubt?

4) Warum sollen die Bestimmungen des römischen Rechtes im vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen, wenn die Selbsthülfe doch überhaupt nach denselben beurtheilt werden soll?

5) Auf welchem Gesetze beruht die im Abs. 2 der Entscheidungsgründe ausgesprochene Ansicht?

6) Was ist der Gegensatz der öffentlichen Ordnung?

7) Verlangt die öffentliche Ordnung nicht, daß Jeder, der einen Anspruch verfolgen will, sich deshalb an den Richter wende? — oder entspricht es der öffentlichen Ordnung, wenn Derjenige, dessen Arrestgesuch verworfen wurde, nun eigenmächtig Arrest anlegt?

8) Was heißt polizeiliche Einschreitung?

9) Was hätte das Amt verfügen sollen, als im vorliegenden Falle der durch Selbsthülfe Beschädigte davon bei Amt Anzeige machte und um gerichtliche Untersuchung bat?

10) Wird (arg. des Absatzes 3 der E. Gr.) die öffentliche Ordnung nicht gestört, wenn Jemand, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, eine ihm fremde Liegenschaft oder gar gefriedete Orte (arg. Strafedikt §. 83. 84.) betritt, und dort eine im Besitz eines Andern befindliche Sache wegnimmt?

11) Darf man unter dem Vorwande einer Forderung das thun, was sonst nur Diebe zu thun pflegen?

12) Wer, ausser dem Amte, in dessen Bezirk die Selbsthülfe geschah, war denn im vorliegenden Falle competent?

Die Beantwortung dieser Fragen will ich nicht unternehmen, weil nur der Verfasser der Entscheidungsgründe, worauf sich diese Fragen beziehen, eine solche Beantwortung vollständig zu liefern im Stande seyn dürfte. Dagegen will ich versuchen, zu der hier in Frage stehenden Lehre dadurch einen Beitrag zu liefern, daß ich die in der Ueberschrift des Aufsatzes angegebenen Punkte mit Rücksicht auf den oben erwähnten Fall durchgehe.

Als ausgemacht darf ich dabei annehmen, daß die Lehre von der unerlaubten Selbsthülfe zunächst in das Strafrecht gehört: — denn wenn Selbsthülfe auch im Naturzustande vollkommen erlaubt seyn mag, so bringt doch die Vereinigung der Menschen in einen Staat, in eine bürgerliche Gesellschaft, das Verbot der Selbsthülfe als etwas Nothwendiges mit sich. Freilich kann neben der strafrechtlichen auch eine civilrechtliche Seite in Betrachtung kommen, insofern von der Verbindlichkeit zu Schadensersatz, als einer civilrechtlichen Folge, die Rede ist. Allein dadurch wird der strafrechtliche Standpunkt keineswegs beseitigt. — Frägt man nun nach den Bestimmungen des ehemaligen badischen Strafrechts über Selbsthülfe, so wird vor Allem die klare Vorschrift des

Ersten Einführungsediktes §. XVII.

zu berücksichtigen haben. Nachdem nämlich die Kraft des Römischen Rechtes, der Gewohnheitsrechte u. s. w. für bürgerliche Rechtssachen aufgehoben ist, wird am Schlusse ausdrücklich bestimmt: „Was jedoch die Wirkung der älteren Gesetze über kirchliche, peinliche und polizeiliche Verhältnisse betrifft, so bleibt diese hiedurch (i. e. durch das neue Landrecht) unberührt, und deren Kraft ohne Weiters unvermindert." Hiemit stimmt der

§ 3 des zweiten Einf. Edikts

vollkommen überein, insofern er die gesetzliche Kraft des römischen Rechtes ꝛc. nur für diejenigen Fälle aufhebt, über welche der Code Napoleon disponirt. Es bleiben sonach sämmtliche römische Gesetze über das Strafrecht in vollkommener Kraft. Die nächste Quelle des letztern bildet dermalen zwar das Strafedikt: allein nicht nur im Allgemeinen, sondern auch besonders in denjenigen Lehren, über welche das Strafedikt schweigt, ist nach dessen eigenen Worten in der Einleitung von I. in E.: „das Fundament der gerichtlichen Beurtheilung der Vergehen aus der Reichsstrafgesetzgebung zu entlehnen, welcher jedoch eine mit den, im Edikt verzeichneten Regeln der milderen Praxis übereinstimmende Anwendung zu geben ist. Weder im Allgemeinen, noch durch eine besondere gesetzliche Vorschrift sind sonach die römisch-rechtlichen Bestimmungen über unerlaubte Selbsthülfe (vis privata) in Baden aufgehoben, sondern müssen dermalen noch immer die Grundlage jedes richterlichen Erkenntnisses über dies Vergehen bilden: von ihnen soll daher auch die folgende Erörterung ausgehen.

I. Zum Thatbestand der unerlaubten Selbsthülfe gehört:

Digitized by Google

1) Die Verfolgung eines (wirklichen oder vermeintlichen) Rechtes.

2) Die Absicht dieser Rechts-Verfolgung.

3) Eigenmacht.

4) Als Mittel der Verfolgung eine unrechte That.

Ad 1. Die Beschaffenheit des Rechtes dürfte im Ganzen gleichgültig seyn, dasselbe mag durchaus bestritten oder vollkommen erwiesen seyn, das ist gleichgültig, denn auch die in jeder Hinsicht begründete Forderung kann entweder nicht erwiesen seyn, oder es kann ihr eine Einrede entgegenstehen, durch welche die Forderung beschränkt, oder, (wie im vorliegenden Falle durch die Einrede der Wettschlagung) aufgehoben wird. — Auch durch die klarste Forderung wird die Selbsthülfe nicht gerechtfertigt, denn wenn z. B. von Seite des Beklagten eine Widerklage erhoben wird, so kann nicht einmal der Richter die Befriedigung der klägerischen Forderung unbedingt befehlen, weil die Hülfsvollstreckung an die Bedingung der Sicherheitsleistung gebunden ist (P. O. §. 321). — Uebrigens war im vorliegenden Falle das von K. behauptete Eigenthums-Recht jedenfalls nicht bloß streitig, sondern auch unbegründet, da die Zimmerleute mit ihrem Bauherrn ein Werkverding (L.R.S. 1787, 1788, 1799) abgeschlossen hatten, nach welchem sie außer der Arbeit auch den Werkstoff liefern mußten, so kauften sie das Holz bei K. Von dem Augenblick der Ablieferung des Holzes an die Zimmerleute war es deren Eigenthum. Sie waren nicht blos Käufer des Holzes, sondern so lange ihr Werk noch nicht vollendet war, erschienen sie auch als Besitzer und konnten sich jedem Dritten gegenüber auf den L.R.S. 2279 berufen; ihr Besitz an dem Holze dauerte so lange als ihre Arbeit daran. Die Behauptung des K. oder seines Anwaltes, die Zimmerleute hätten nicht in eigenen Namen, sondern nur als Bevollmächtigte des Bauherrn gehandelt, ist nicht nur nicht erwiesen, sondern stets auch mit mit allen vorhandenen Beweisen in geradem Widerspruch. Uebrigens kömmt auf diese Thatsache bei der strafrechtlichen Beurtheilung nichts an: denn da das Holz jedenfalls entweder an die Zimmerleute oder an den Bauherren verkauft war, so hatte der Verkäufer nach L.R.S. 1583 kein Eigenthum mehr an demselben. Dabei ist nicht außer Acht zu lassen, wie sehr das Gesetz insbesondere bei Bauanlagen den Besitz dem Eigenthümer gleichstellt: dies ergiebt sich noch aus L.R.S. 554, worin sogar dem wirklichen Eigenthümer der Werkstoffe, welche zu einer fremden Bauanlage gebraucht wurden, nur das Recht der Entschädigungsforderung gegeben, aber das Recht der Wegnahme des Werkstoffes ausdrücklich entzogen wird.

Ad 2. Durch das Merkmal der auf Rechtsverfolgung gerichteten Absicht, wird die Selbsthülfe von andern Vergehen, wie z. B. vom Diebstahl unterschieden. In Frankreich, wo der Code penal art 379 allgemein erklärt: Quiconque a soustrait frauduleusement une chose, *qui ne lui appartient pas*, est coupable de vol, würde Selbsthülfe nach einer strengen und wohl allzu wörtlichen Auslegung sogar als Diebstahl betrachtet, indem man den Satz annahm: une creance ne peut legitimer un vol. Passend unterscheidet aber das deutsche Strafrecht den animus lucri faciendi wohl von dem animus jus persequendi. —

Ad 3. Eigenmacht wird nur dann vorhanden seyn, wenn weder der wirkliche oder vermeintliche Schuldner seine Einwilligung, noch der Richter seine Ermächtigung gegeben hat. Dies ist wohl der richtige Sinn der

L. 13. D. Quod metus causa. IV. 2.

u. L. 7. D. ad leg. Jul. de vi privata (XLVIII. 7.)

welche das bekannte Decretum Divi Marci mit den etwas weiten Begriffs-Bestimmungen wiederholen.

Die Worte des Decret's lauten bekanntlich:

„Optimum est, ut si quas putes, te habere petitiones, *actionibus experiaris:* interim ille in possessione debet morari, tu petitior esse. Et quum Marcianus diceret: „vim nullam feci," Caesar dixit: „tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur?" — *vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat. Non per judicem reposciti*, non puto autem nec verecundiae nec dignitat: tuae convenire, quidquam *non jure* facere. — Ein Hauptmerkmal ist sonach das invitodebitore et sine judice reposcere. —

Ad 4. Der Begriff der unrechten That kann wohl aus L.R.S. 1382 a entnommen werden, weil das, was nach dem Civilgesetze unrecht ist, um so weniger vom Strafrichter recht befunden werden kann. — Das Betreten einer fremden Liegenschaft erscheint so lange als eine unrechte That, als nicht der Eigenthümer oder ein Stellvertreter desselben vorher oder nachher, ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung ertheilt hat. — Im vorliegenden Falle fehlte eine solche Einwilligung überall.

II. Ein besonders Verfahren bei Fällen der unerlaubten Selbsthülfe ist in den damals geltenden Gesetzen nicht eingeführt: — es muß daher auch hiebei die Regel des

Strafedikts §. 4 a. E. vergl. mit §. 6. u. 9.

festgehalten werden, wornach „es sich von bürgerlichen oder polizeilichen Vergehen ohnehin versteht, daß den Beamten das Erkenntnißrecht zusteht," und wornach „jeder Beamte schuldig ist, auf alle in seinem Gerichtsbezirk vorfallenden gesetzwidrigen Handlungen Acht zu tragen." — Berücksichtigt man ferner, daß nach dem

Organis.-Edikt v. 26. Novemb. 1809. Lit. C. I. Nr. 14.

den Beamten die Strafgerichtsbarkeit hinsichtlich der Ge-

Digitized by Google

genstände in dem bisherigen (frühern) Umfange verbleiben sollte, so kann es keinen Zweifel leiden, daß bei Vergehen jeder Art den sogenannten Inquisitionsproceß die Regel bildet. — Eine Ausnahme ist hinsichtlich der unerlaubten Selbsthülfe nicht gemacht. — Nur darüber kann etwa ein Zweifel bestehen, ob die Selbsthülfe als ein polizeiliches oder bürgerliches Vergehen zu betrachten sey. Dieser Zweifel wird jedoch so lange nicht vollständig gehoben werden, als wie kein, auch über das Verfahren Bestimmungen treffendes Polizei-Strafgesetz haben. Denn die in der

Verord v. 22. Juni 1826 (Reg.Bl. XVIII.) §. 2

gegebene Definition ist nicht bestimmt genug. Wenn es dort heißt: „die polizeiliche Eigenschaft eines Vergehens beruht entweder auf der vorhandenen ausdrücklichen Bestimmung eines Gesetzes, oder darauf, daß nach dem Edikt von 1803 und spätern Verordnungen weder eine peinliche, noch eine bloß bürgerliche Strafe auf das Vergehen gesetzt ist" — so ist die Unbestimmtheit nicht gehoben, weil stets nach §. 35 des Strafediktes die bürgerlichen Strafen auf bürgerliche und polizeiliche Vergehungen erkannt werden dürfen. Zudem besteht nirgends ein praktischer Unterschied zwischen bürgerlicher und polizeilicher Strafe, weil in der Regel das nämliche Gefängniß die Condemnaten beiderlei Art aufnimmt und bei der Belegung der Geldstrafe dieselbe von dem bürgerlich Verurtheilten gerade so und auf gleiche Weise, als wie von dem polizeilich Condemnirten zu bezahlen ist, der einzige wesentliche Unterschied tritt bei der Recurs-Instanz ein, insofern bei Polizei-Vergehen an die Regierungen, bei bürgerlichen Vergehen aber nach

§. 9. des Anhangs zum Strafedikt

an die Hofgerichte recurrirt werden soll. Allein auch dieser Unterschied verschwindet sehr häufig, weil theils in manchen Fällen die Grenzlinie schwer zu finden ist, theils die Partheien in der Regel es sich gefallen lassen, wenn ihnen der Unterrichter in einer zur hofgerichtlichen Aburtheilung geeigneten Sache bei der Urtheilsverkündigung erklärt hat, daß ihnen der Recurs an die Regierung frei stehe. Prüft nun eine Recursbehörde, an welche die Sache eingesendet ist, ihre Competenz, und findet sie solche nicht begründet, so wäre es gewiß billiger, wenn in einem solchen Falle nicht der Recurs als unzulässig verworfen, oder gar (wie hier geschah) das amtliche Erkenntniß als incompetent erlassen aufgehoben würde, sondern wenn einfach nur die Akten mit einer Belehrung über die Zuständigkeit und eben mit dem Bemerken zurückgeschickt würden, daß man es den Betheiligten überlasse, sich mit ihren Anträgen an die zu benennende andere Behörde zu wenden. Denn es ist unbillig, wenn der Richter die Partheien durch die Unbestimmtheit der Gesetze leiden läßt! —

Wenn man die unerlaubte Selbsthülfe nicht als polizeiliches, sondern nur als bürgerliches Vergehen betrachten will, so ist dagegen nichts einzuwenden: — ja noch mehr, es wäre vom Standpunkte des Gesetzgebers vielleicht ganz passend, bei diesem Vergehen, wie bei Ehrenkränkungen, das Verfahren von Amtswegen auszuschließen, und ein solches nur auf Klage der Betheiligten zuzulassen. — Allein so lange die Gesetzgebung eine solche Vorschrift nicht gegeben hat, haben die Beamten ohne Zweifel nicht bloß die Befugniß, sondern sogar die Pflicht, da einzuschreiten, (sei es nun polizeilich oder bürgerlich) wo ihnen die Anzeige verübter Selbsthülfe zukömmt. — Eine entgegengesetzte Ansicht möchte nur von bequemen Beamten vertheidigt werden. Denn da die öffentliche Ordnung gewiß verlangt, daß Derjenige, welcher gegen einen Andern einen Anspruch erzwingen will, deshalb klage und sich an den Richter wende, (optimum est, ut si quas putes te habere petitiones, *actionibus experiaris*: interim ille in possessione debet morari, tu petitor esse), — so wird schon durch die unerlaubte Selbsthülfe an sich die öffentliche Ordnung gestöret: das Vergehen erscheint als ein Friedensbruch, der von den Beamten, welche den bürgerlichen Frieden zu bewahren haben, allerdings verfolgt werden kann und muß. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man die Bande der bürgerlichen Gesellschaft lösen, man müßte unbedingt das Recht des Stärkern anerkennen, und der alte Spruch: ubi judicia deficiunt, incipit bellum, würde wirklich werden: — denn für die Mehrzahl der Streitenden wäre die Selbsthülfe ein wohlfeiles und unterhaltendes Rechtsverfolgungs-Mittel, als ein langwieriger Prozeß! — Nur, wenn wirklich einmal die Rechtspflege aufgehört hat oder ungnügend geworden ist, dürfte die Befugniß zur Selbsthülfe Jedem freigestellt werden! —

III. Wollte man die Strafe der unerlaubten Selbsthülfe nach einem allgemeinen Maaßstab bestimmen, so könnte man, wie überhaupt bei allzu fest bestimmten Strafen, *) in manchen einzelnen Fällen leicht ungerecht werden. Ueberall giebt sich daher das Streben kund, im Wege der Praxis oder der Gesetzgebung an die Stelle der bestimmten Strafen mehr nur relativ unbestimmte zu setzen; und gerade in der Lehre von der unerlaubten Selbsthülfe ist dies Streben schon frühe bemerkbar. —

In dem oben erwähnten Decretum Divi Marci ist

*) Vergl. a. Archiv des Criminal-Rechts. 1839. Zweites Stück S. 162 ff.

Digitized by Google

bekanntlich der Verlust des mittelst Selbsthülfe verfolgten Rechtes, als Strafe bedroht, es heißt nämlich am Schlusse: Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam *sine ullo judice* temere possidere, eum *sibi jus in eam rem dixisse, jus credili non habebit.* — Vergleiche man hiemit die

L. 7 u. 10 Cod. Unde Vi (VIII. 4)

und §. 1 Inst. Vi Bon. Rapt. (IV. 2.)

so machen die Gesetze folgenden Unterschied: Gehörte die Sache dem, welcher die Selbsthülfe verübte, so verliert er sein Eigenthums-Recht, gehörte sie ihm aber nicht, (sin autem aliena sit), so muß er dieselbe nicht nur zurückgeben, sondern auch den Werth derselben zur Strafe bezahlen, (post restitutionem rei etiam aestimationem ejusdem rei praestare tenetur.) —

Diese Vorschrift wird in der (allerdings in Wirksamkeit getretenen) R. Kammer G.O. von 1521 Tit. 32 §. 2 mit den Worten wiederholt: „Wo die Güter, um die Streit gewesen, dem Entsetzer mit ihrem Eigenthum nicht zugehören, soll er denselben Werth dem Entsetzten nach Ordnung gemeiner Rechte, (d. i. die erwähnten römischen Gesetze) zu geben schuldig seyn." —

Nirgends ist die festbestimmte Strafe des gemeinen Rechtes durch ein anderes Gesetz aufgehoben worden: doch hat schon früh die Praxis, an deren Stelle eine nach den Umständen des einzelnen Falles wechselnde Geldstrafe gesetzt. Der Grad dieser Praxis dürfte in der Bestimmung des sächsischen Landrechtes (Sachsenspiegel's), Lib. III. Art. 43 zu suchen seyn, wo es heißt: „Was sich ein Mann mit unrechter Gewalt unterwindet, das ihm dann mit Recht abgenommen wird, er muß es mit Wette und Buße ihm wiedergeben." Durch diese Praxis hat sich im gemeinen Rechte eine Verschiedenheit der Ansichten gebildet, indem Einige nach

J. H. Böhmer in Dissertatione de Poena jus sibi dicendis. Cap. II. §. 4 ff. (in Exercit. ad Pand. Tom. II. Ex. 23.)

die fortdauernde Gültigkeit der poena privationis behaupten, während Andre mit den bei Ad. Th. *Kind* Quaest. forenses

Tom. III. Cap. II. p. 6 — 15

angeführten Schriftstellern diesächsische Praxis vertheidigen, nach welcher eine durch das richterliche Ermessen zu bestimmende Geldstrafe eintreten soll, und bis auf die neueste Zeit

Vergl. Feuerbach Lehrb. §. 186 Not.

hat man die unerlaubte Selbsthülfe mehr nur als Privatverbrechen betrachtet und meist nur mit den erwähnten Privatstrafen belegt.

Auch in Baden mag der letztere Gesichtspunkt festgehalten werden. Da das Strafedikt nicht nur in der Einleitung, sondern auch am Schlusse Nr. VIII. ausdrücklich sich für eine mildere Praxis ausspricht, so ist auch in Baden den Richtern viele Freiheit gegeben. Doch darf dieselbe nicht so weit gehen, daß dadurch unmittelbar oder mittelbar Straflosigkeit der unerlaubten Selbsthülfe eintrete. — Das Vergehen stört ohne Zweifel die öffentliche Ordnung, es widerspricht den Foderungen guter und würdiger Rechtspflege. Derjenige, welcher sich der unerlaubten Selbsthülfe bedient, giebt dadurch eine Verachtung des Gesetzes und der dasselbe pflegenden Richtern kund: — wäre diese Verachtung gestattet, so wäre nicht nur das Vertrauen auf die Wirksamkeit der Gerichte durchaus gelähmt, deren Ansehen untergraben, sondern es würde auch in seinen Folgen höchst gefährliches Beispiel gegeben werden, welches sicher rasche Nachahmung fände! — Denn wer hätte dann im hier besprochenen Falle z. B. die Zimmerleute gehindert, das ihnen weggeführte Holz einige Stunden später selbst wieder zu holen? — oder wer hindert sie dann noch heute, dem Beispiele des K. zu folgen, und sich aus dessen Holzvorrath soviel auszuwählen, als zur Befriedigung ihrer Gegenforderung erforderlich ist? — Sie würden natürlich eben so eine Zeit wählen können, um welche (im Sinne des oben angeführten Erkenntnisses) die öffentliche Ordnung schläft! Wenn die Beamten ruhig zusehen müssen, da weder untersuchen noch strafen dürfen, wo sie von einer Rechtsverfolgung mittelst Selbsthülfe Anzeige erhalten, dann hat ja Der, welcher sich dieses erfolgreichen Mittel's bediente, nichts zu fürchten als eine Schadensklage. — Diese hat aber nichts Furchtbares, so lange bei badischen Gerichten ein kleinlicher Beweis des Schadens verlangt wird, so lange bei Erkennung von Schaden-Ersatz nicht Freigebigkeit, sondern Kargheit entscheidet, und so lange man die gekränkten Rechte des Beschädigten nicht höher anschlägt, als den Uebermuth und üblen Willen des Beschädigers! — Die Schadensklage ist nach dem Willen des Gesetzgebers keineswegs das einzige Mittel, durch welches der Einzelne in der bürgerlichen Gesellschaft gegen Eigenmacht und unerlaubte Selbsthülfe eines wirklichen oder vermeintlichen Gläubigers geschützt werden soll. Das Erkenntniß auf Schadenersatz muß vielmehr (§. 19 des Strafedikt's,) außer und mit dem Straf-Erkenntniß erfolgen, aber keineswegs schließt es eine Strafe aus. Eine solche wird vielmehr von der Gerechtigkeit um so mehr verlangt, als sie wegen einer Handlung zu erkennen ist, durch welche deren Urheber seine Verachtung der Gebote der Gerechtigkeit nur zu sehr an den Tag gelegt hat! —

Der Verlust des eigenmächtig erfolgten Rechtes erscheint insofern einen allgemeinen Grund für sich zu haben, als

Digitized by Google

Derjenige, welcher einmal durch seine That die Gerichte für unwürdig erklärt hat, über sein Recht zu sprechen, gleichsam selbst ein Urtheil über sich fällte, vermöge dessen er sich in Bezug auf das im einzelnen Falle streitige Recht von der Wohlthat des gerichtlichen Schutzes selbst ausgeschlossen hat. Die Geldstrafe entspricht dem vorliegenden Gesichtspunkte des Privatverbrechens, wornach durch die Strafe hauptsächlich eine Ausgleichung des gestörten Verhältnisses der Einzelnen gegen einander und dadurch die Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung bewirkt werden soll. Die Strafloſigkeit der unerlaubten Selbsthülfe würde aber nur der öffentlichen Unordnung entsprechen! —

Daher ist das erwähnte Vergehen nicht nur nach der bestehenden Strafgesetzgebung, und nach der häufig an ihre Stelle getretenen Praxis mit den vorangeführten Privatstrafen bedroht, sondern auch die künftige Strafgesetzgebung trifft eine der gemeinrechtlichen Praxis entsprechende Bestimmung. In dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden. (Karlsruhe 1839) §. 254

ist nämlich ausdrücklich verordnet: „Wer außer den Fällen, in welchen die Gesetze die Selbsthülfe erlauben, *) eigenmächtige Handlungen vornimmt, um sich selbst Recht zu verschaffen, wird, insofern die Handlung nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht, auf die Anklage Desjenigen, gegen den die Eigenmacht verübt ist, wegen unerlaubter Selbsthülfe von einer dem Ankläger zufallenden Geldstrafe bis zu Einhundert und Fünfzig Gulden, oder im Falle der Unvermögenheit von Amtsgefängniß-Strafe getroffen."

Von einem Unterschiede der Selbsthülfe, durch welche die öffentliche Ordnung gestört wird, von denjenigen, bei welchen dies nicht der Fall wäre, kömmt im Gesetze nichts vor: wohl aus dem einfachen Grunde, weil es einen solchen Unterschied in der That nicht giebt! —

Der hier besprochene Fall zeigt übrigens, wie schon viele andere vor ihm, daß ein gutes, die mehr täglichen Fälle umfassendes Polizei-Strafgesetz, sowie ein Gesetz über Zuständigkeit der Behörden und über Verfahren in Strafsachen unentbehrliche Stützen des künftigen Strafrechtsgebäudes sind!

Dr. M. Mittermaier.

Anm. d. Redaktion. Daß die Handlung, wie sie oben angegeben ist, alle Merkmale hat, welche nach dem gemeinen Rechte, wie nach dem §. 254 des neuen Strafgesetzentwurfs den Thatbestand einer unerlaubten Selbsthülfe ausmachen, kann wohl keinem Zweifel unterliegen.

Da nun aber die Privatstrafen des römischen Rechts bei uns nicht rezipirt sind, vielmehr statt derselben, wo nichts besonders bestimmt ist, nur arbiträre (meistens geringe) Strafen eintreten, so wird die Frage, ob die Gerichte oder die Polizeibehörden zur Erkennung der arbiträren Strafe der unerlaubten Selbsthülfe kompetent seyen? bei dem Mangel einer deßfallsigen Bestimmung nach der Verordnung vom 21. August 1813 Reg.Bl. Nr. 26. davon abhängen, ob im einzelnen Falle eine, 4 Wochen Gefängniß übersteigende, oder eine geringere Strafe zu erkennen sey. D. Red.

*) Solche Fälle werden, außer der Nothwehr, besonders in §. 86 des Entwurfes angeführt. Sie betreffen hauptsächlich das Recht der Selbstvertheidigung gegen rechtswidrige Angriffe auf das Vermögen, und die Befugniß der Hülfeleistung, wenn Gerichts- oder Polizeibehörden derselben bedürfen. —

II.

Berechnung der Appellationssumme bei Erbgülten.

Von Hohenloh gegen Engert.

Die Klage war auf Zahlung eines Gültrückstandes von den Jahren 1832 bis 1835 im Gesammtbetrage von 2 fl. 39 kr. und zugleich auf künftige Fortentrichtung der Gült gerichtet.

Gegen den abweislichen Amtsbescheid appellirte die klagende Gefällverwaltung, setzte sich aber in der Beschwerdeschrift über die Appellationssumme mit Stillschweigen hinweg. Der appellantische Anwalt wurde daher in die öffentliche Gerichtssitzung vom 13. Januar l. J. vorgeladen, um gedachtes Erforderniß nachzuweisen. Er suchte nun zu zeigen:

1) Daß der ganze Complex des Gültrechts (Berains) beziehungsweise der ganze Complex der gültpflichtigen Güter in Anschlag gebracht werden müsse. Darüber aber, daß dieser bei weitem mehr als 50 fl. werth sey, wurde sofort der Beweis schriftlich angetreten.

2) Eventuell deducirte der Anwalt, daß wenigstens der Werth der gültpflichtigen Güter als Grundlage dienen müsse, und trug zum Beweis, daß dirser Werth die Summe von 50 fl. übersteige, auf eine Abschätzung durch Sachverständige, sofort auf Zulassung der Appellation an. Sämmtliche Mitglieder des Senats waren jedoch darüber einig

ad 1) daß auf den Complex keine Rücksicht zu nehmen sey, theils weil nicht die gesammte Gült davon im Streite liege, theils weil dem Besitzer eines gültpflichtigen Grundstücks, wenn er appelliren wolle, der Werth des ganzen Complexes nicht zu statten komme, weshalb sich auch der Gültherr nicht darauf berufen könne.

Annalen, I. Jahrg. Nr. 24, S. 145 u. 146. Verschiedene Ansichten ergaben sich dagegen.

Digitized by Google

ad 2) Ueber die Frage: ob der Werth der angeblichen Gültgüter in Anschlag zu nehmen sey?

a. Die Minorität war im Hinblick auf L.R.S. 710 f. m. in Verbindung mit dem Gesetz vom 5. Oktober 1820 (Reg.Bl. Nr. XV) der Meinung, daß das hierin bestimmte Ablösungskapital nach §. 1175 Nr. 6 der P.O. bei Berechnung der Appellationssumme in Anschlag gebracht werden müsse, weil die Gült, vermöge L.R.S. 710 f. a. und k. als eine jährliche Leistung erscheine —, und stimmte für Verwerfung der Appellation, da der im höchsten Fall anzunehmende 18fache Betrag der jährlichen Gültschuldigkeit die Appellationssumme bei weitem nicht erreiche.

b. Die Majorität ging davon aus, daß hier eine Erbdienstbarkeit in Frage sey, welche das Landrecht unter die Sachenrechte stelle. Bekk, über die dinglichen Rechte ꝛc. §. 8.

Es müsse daher das Gültrecht einer Grunddienstbarkeit gewissermaßen gleichgeachtet und folglich nach Analogie des §. 1174 Nr. 3, der Werth des dienenden Grundstücks, also des gültbaren Ackers, in Anschlag gebracht werden.

Es wurde demgemäß die Abschätzung des Grundstücks nach Anleitung des §. 1174 Nr. 7 mit und ohne Gültlast angeordnet und hiernächst, weil nach dem Ausspruch der Sachverständigen in dem einen wie in dem anderen Falle der Werth desselben weit unter 50 fl. blieb, die Appellation als unstatthaft verworfen.

Dieselben Grundsätze kamen in einem ganz ähnlichen Falle unter der Rubrik: von Hohenloh gegen Friedrich zur Anwendung. X.

Anm. der Redaktion. Das Gültrecht ist allerdings eine unter die Sachenrechte gehörige Erbdienstbarkeit (S. 710 b), aber daraus folgt nicht, daß analog der von Grunddienstbarkeiten sprechende §. 1174 Nr. 3 der Pr.-Ord. darauf angewendet werden kann.

Eine Analogie findet hier um so weniger statt, als

1) Grunddienstbarkeiten unablöslich auf dem Gute ruhen, dieses also in alle Ewigkeit belasten, während die Erbdienstbarkeiten, und zwar namentlich die Grundzinse und Gülten nach dem Gesetze vom 5. Oktober 1820 ablöslich sind, bei ihrem Daseyn oder Nichtdaseyn also die Parteien nie ein größeres Interesse haben, als nach der Summe, die der Pflichtige zahlen müßte, wenn er die Ablösung verlangte. Darnach könnte also auch nur dieses Ablösungskapital den Maaßstab für die Appellationssumme bilden, selbst wenn dies

2) im §. 1174 Nr. 6 auch nicht ausdrücklich gesagt wäre. —

Indessen sehe ich nicht ein, wie man über die Vorschrift dieses §. 1174 Nr. 6 hinauskommen könnte, wornach bei jährlichen Leistungen nur das Kapital derselben in Anschlag kommen soll, ohne daß dabei ein Unterschied gemacht wäre, ob diese jährliche Leistungen eine Erbdienstbarkeit, oder was sonst, bilden. Gerade hauptsächlich die Erbdienstbarkeiten, und dann noch die ihnen ähnlichen, ebenfalls unter die Sachenrechte gehörigen Grundpflichtigkeiten (S. 710 g. a.) sind im § 1174 Nr. 6 in's Auge gefaßt, und außerdem nur noch etwa Leibrenten.

Ich weiß nicht, auf welche andere jährliche Leistungen sich diese Gesetzesstelle sonst beziehen könnte. Auf Pachtzinse, Zinse von Darlehen und andere persönliche Forderungen bezieht sie sich gewiß nicht, da hier nur entweder einzelne Jahresbeträge, oder das Pachtgut, beziehungsweise das Kapital selbst, nie aber eine bloße Pflicht zu einer jährlichen Leistung im Allgemeinen im Streite liegt. D. R.

III.

Ueber die Nothwendigkeit eines Gesetzes wegen Cavan's Militär-Recht.

So wie die in unserem Lande eine geraume Zeit hindurch bestandene Verschiedenheit der Ansichten darüber:

„ob die bekannte Justizministerial-Verfügung über den Zuzug von Zeugen bei Eheverträgen von den Richtern zu beachten sei oder nicht"

auf Veranlassung eines eclatanten Falles das Gesetz vom 22. Juni 1837 ins Leben gerufen hat, eben so ist jetzt wieder in Bezug auf eine gleichwichtige Frage ein ähnliches Gesetz nothwendig geworden.

Das Organisations-Edikt von 1803 nämlich wurde von der Militärbehörde so verstanden, als sei das k. p. Militär-Recht von Cavan hiedurch für sie als allgemeine Gesetzes-Norm in ihren Rechtssachen eingeführt worden, und wurden von dieser Zeit an die gerichtlichen und außergerichtlichen Akte (z. B. Eheverträge, Testamente u. dergl.) hiernach geregelt.

Die betreffenden Militärpersonen haben sich auch mit blinden Vertrauen dieser Manipulation unterworfen und keine Staatsbehörde hat irgend einen Zweifel oder Widerspruch gegen diese Verfahrungsart erhoben. Noch in den Annalen des höchsten Gerichtshofs von 1833 pag. 444 wurde die Gesetzeskraft des Cavan'schen Militärrechts in unserem Lande anerkannt und hiernach geurtheilt.

In der neuern Zeit nun verwirft man die Gültigkeit dieses Cavan'schen Militärrechts in unserm Lande und sucht den Sinn des Organisationsedikts von 1803 auf andere Weise, als es früher geschehen, zu interpretiren

(Annalen des gr. Oberhofger. 1836 und 1837 pag. 369.)

so daß nun künftig den, nach diesem Rechte geformten Akten Gefahr der Umstoßung wegen ungültiger Form droht und die Staatsbürger aufs Neue die Opfer rechtsgelehrter Controversen werden müssen.

Möge daher durch ein baldiges Gesetz diesem Uebelstande abgeholfen werden.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. T. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe den 7. December 1839.

I.

Anfragen.

I. Ist das Recht zum Graben von Eisenerz ein Regal?

II. Steht es in standesherrlichen Gebieten dem Staat oder dem Standesherrn zu?

III. Sind zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Ausübung desselben die Civilgerichte oder die Verwaltungsbehörden kompetent?

Antwort der Redaction.

Zu I. Das Recht zum Bergbau wurde in Deutschland schon von uralten Zeiten her, als ein Regal betrachtet.

Die goldene Bulle, Kap. 9 §. 1., anerkannte dasselbe als ein Recht der Churfürsten, bald wurde es auch von andern Reichsständen erworben, und in späterer Zeit als ein Recht der Landeshoheit durch das Reichsherkommen geschützt.

Man sehe Eichhorns deutsches Privatrecht. (3te Ausgabe), §. 274.

Dasselbe wurde entweder von dem Landesherrn selbst ausgeübt, oder auch durch eine landesherrliche Konzession für einzelne Bezirke auf fremdem Gute Dritten überlassen.

Das Bergregal bezog sich schon nach der erwähnten Stelle der goldenen Bulle *) nicht nur auf edle, sondern auch auf unedle Metalle, und mit dem nämlichen Umfange, jedoch mit einzelnen erweiternden oder beschränkenden Ausnahmen, wurde dasselbe nach und nach ein allgemeines Recht der Landeshoheit.

Eichhorn (a. a. O. §. 274) sagt, bei den Metallen und dem Steinsalze spreche die Vermuthung für die Regalität, bei den übrigen Fossilien aber gegen dieselbe. Jedoch habe, bemerkt er weiter (§. 274. IV.), obgleich darnach die „Salpeter- und andere Salzarten, Steinkohlen und andern Inflammabilien, Torf, Erdarten und alle Arten von Steinen"

nicht zum Bergregal gehören, da oder dort bei manchen dieser Gegenstände,

„wenn sie durch künstlichen Bergbau gewonnen werden sollen,"

das Herkommen oder die Gesetzgebung das Gegentheil, d. i. die Regalität eingeführt.

Dieses Letztere geschah nun auch im Großherzogthum Baden. Es sind hier die Metalle (Erze und Erzgesteine) unbedingt, gemeine Stein- und Erdarten aber unter der Bedingung, daß sie durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen, als zum Regal gehörig erklärt.

Das 7. Organisat.-Edikt vom 18. März 1803, die Mediatisirung der Reichsstädte betreffend, läßt hierüber keinen Zweifel übrig. Der §. 27 dieses Edikts, auf welches spätere Gesetze (z. B. das 3. Konstit.-Edikt §. 45 und das 4. Konst.-Edikt §. 16) zurückweisen, und welches eben dadurch auch auf die neu erworbenen Landestheile erstreckt wurde, sagt:

„Das Recht der Bergwerke und Salzwerke nehmen wir als zur Landeshoheit gehörig nach seinem ganzen Umfange an Uns. Damit jedoch über diejenigen Produkte des Mineralreichs, welche unter Ersteres zur rechnen seien, kein Streit entstehe, so erklären wir, daß alle Erze und Erzgesteine, sodann jene andere Stein- und Erdarten, welche durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen, unter das landesherrliche Regal gerechnet werden sollen, wohingegen Stein- und Erdarten alsdann den Gutseigenthümer oder der Grundherrschaft verbleiben, wenn sie durch gemeines Graben oder Steinhauen gewonnen werden können?"

Diese Gesetzesstelle unterscheidet also zwischen Erzen

*) „Universas auri et argenti fodinas, atque mineras stanni, cupri, plumbi, *ferri* et alterius *cujusunque metalli*, ac etiam salis."

Digitized by Google

und Erzgesteinen einerseits und andern Stein- und Erdarten andererseits. Die Ersteren, als die Metalle, rechnet das Gesetz unbedingt unter die Regalien, wogegen es hinsichtlich der Letztern, als der übrigen Fossilien, unterscheidet, ob sie durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen, oder durch gemeines Graben oder Steinhauen gewonnen werden können.

Bei'm ersten flüchtigen Lesen des erwähnten §. 27 (bei einem andern Anlasse) war ich der Meinung, der Zwischensatz: „welche durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen" — beziehe sich auch auf die Erze und Erzgesteine, so daß auch die Metallgewinnung nur, wenn sie durch bergmännischen Bau bewirkt wird, zum Regal gehöre. Bei näherer Betrachtung jener Stelle leuchtet aber bald ganz klar ein, daß dies unrichtig ist, und daß sich jene Beschränkung auf die Erze und Erzgesteine nicht beziehe, sondern nur auf die anderen Stein- und Erdarten, daß also die Metalle, wie schon das Reichsherkommen es mit sich brachte, ihrer Natur nach, ohne Rücksicht auf die Art ihrer Gewinnung, die übrigen Fossilien dagegen (wie dies Eichhorn als häufig vorkommend erklärt) nur für den Fall eines bergmännischen Baues zum Regal gehören.

Die „Stein- und Erdarten", denen der Zwischensatz: „welche durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen" — unmittelbar angehängt ist, sind nämlich von den vorausgehenden Worten: „Erze und Erzgesteine" durch ein „sodann" getrennt, weshalb jener Zwischensatz nicht auch auf diese, sondern nur auf die andern Stein- und Erdarten bezogen werden kann.

Dazu kommt, daß den Erzen und Erzgesteinen das Wort „alle", den andern Stein- und Erdarten aber das Wort „jene", das mit dem nachfolgenden „welche" in Beziehung steht, beigefügt ist, woraus ganz klar wird, daß die Bestimmung des Satzes, was Regal sei, bei Erzen und Erzgesteinen von allen, bei andern Stein- und Erdarten aber nur von jenen gilt, welche durch bergmännischen Bau gewonnen werden müssen.

Die Richtigkeit dieser Auslegung wird aber, wo möglich, noch klarer durch den im nämlichen Satze sogleich folgenden Gegensatz, durch die Bestimmung nämlich, was hiernach nicht als Regal zu betrachten sei, indem hier die Erze und Erzgesteine gar nicht wiederholt sind, sondern nur von der andern im Vordersatze aufgeführten Klasse, nämlich von den „Stein- und Erdarten" gesagt ist, daß sie,

„wenn sie durch gemeines Graben oder Steinhauen gewonnen werden können",

den Gutseigenthümern oder der Grundherrschaft verbleiben, also nicht zum Regal gehören.

Bezöge sich die Unterscheidung hinsichtlich der Gewinnungsart im Vordersatze nicht nur auf die gemeinen Stein- und Erdarten, sondern auch auf die dort eigens aufgeführten Erze und Erzgesteine, so müßten im Nachsatze diese Letztere ebenfalls wieder mitgenannt seyn.

Darnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß im Großherzogthum Baden die Gewinnung aller Erze, folglich auch des Eisens, zu den Regalien gehört, ohne Unterschied, ob sie durch bergmännischen Bau oder in gewöhnlichen Gruben gewonnen werden. *).

Was nun

zu II die zweite Frage betrifft, so erklärt der Art. 27 des 7ten Organisationsedikts das Bergregal als zur Landeshoheit gehörig. Ob und in wie weit dasselbe auch den Standesherren zustehe, konnte dort nicht bestimmt werden, da die Unterwerfung von Reichsständen unter die Souveränetät Badens erst später erfolgte.

In Bezug auf diese im Jahre 1806 mediatisirten Reichsstände, oder jetzigen Standesherren, verfügt nun der Art. 27 der Rheinbundesakte:

„Les princes ou comtes actuellement regnans conserveront chacun, comme propriété patrimoniale et privée, tous les domaines sans exception, qu'ils possedent maintenant., ainsi que tous les droits seigneuriaux et féodaux non essentiellement inhérens a la souveraineté et notamment les droits ..... de chasse, de pêche, de *mines*, d'usinès, de dimes et prestations féodales, de patronage et autres semblables, et les revenus provenant des dits domaines et droits."

Zum Vollzuge dieser Akte wurde, was das Bergregal betrifft, durch das dritte Konstitutionsedict vom 22. Juli 1807, die Standesherrlichkeitsverfassung betreffend, verordnet, daß

(§. 37) die obere Polizei in Bergsachen, die gesetzgebende und richterliche Gewalt rücksichtlich derselben, die Ertheilung der Bergbauconcessionen, wenn ein Standesherr im Standesgebiet außerhalb seines Eigenthums einen neuen Bergbau anlegen will, und ebenso

(§. 45 h.) das Verkaufsrecht der Bergwerksausbeuten nach dem im Art. 27 des 7. Organisationsedikts enthaltenen Begriffe von Bergwerken

dem Staate zustehen soll, wogegen

(§. 46 g.) den Standesherren die Einkünfte der Berg-

*) Bekanntlich ist dies auch in den benachbarten Ländern, und zwar nicht nur in teutschen Ländern, sondern selbst in Theilen der Schweiz und in Frankreich der Fall. In der That ist ganz besonders das Eisen so wichtig, daß die Regalität desselben in hohem Grade durch das Interesse der Gesammtheit gefordert erscheint.

Digitized by Google

werke mit dem Anfügen verbleiben, daß solche innerhalb ihrer Standesgebiete nur dann von Andern neu angelegt und bebaut werden können, wenn die Standesherren sich in bestimmter Zeit erklären, sie nicht selbst bauen zu wollen.

Diese letztere Berechtigung ist nun den Standesherren, da die deutsche Bundesakte keinen Anlaß zu andern Bestimmungen gab, auch in den landesherrlichen Declarationen zugesichert, welche über ihre Rechtsverhältnisse zum Vollzuge des Art. 14 der teutschen Bundesacte erlassen wurden.

Es enthalten auch einzelne solche Declarationen, mitunter als Ersatz für andere Anspeüche, selbst eine Erweiterung oder erweiternde Erklärung jener Berechtigung.

Namentlich ist z. B. der Standesherrschaft Fürstenberg in der über ihre staatsrechtlichen Verhältnisse erlassenen Declaration vom 12. Dezember 1823 §. 58 und 59 außer dem Eigenthum ihrer bereits eröffneten Beegwerke, und außer dem Recht des Vorbaues bei Concessionen zu neuen Bergwerken im zweiten Absatze des § 59.

„Das Bohnerzgraben und überhaupt die Gewinnung derjenigen Steine und Gyps oder andern Mineralien, die nicht bergmännisch bearbeitet werden, und insofern sich das fürstliche Haus im Besitze davon befindet, als eine standesherrliche Berechtigung"

zugewiesen.

Es versteht sich von selbst, daß diese, nicht im Wege der Gesetzgebung erlassenen, Deklarationen weder die Gesetze (namentlich den Art. 27 des 7ten Org.-Edikts) authentisch erläutern, noch überhaupt als, res inter alios actae den Staatsbürgern gegenüber Rechte schaffen oder abschaffen konnten, daß sie vielmehr ihrem Zwecke nach nur das Verhältniß des Souverains zu den Mediatisirten nach Maßgabe der Bundesakte bestimmen, und ihnen hiernach (ihrer früheren Verhältnisse wegen) gewisse Rechte, die sonst als in der Staatsgewalt begriffen dem Souverain zukommen, anweisen sollten.

Die Regierung konnte also, was die Erze und andere Stein- oder Erdarten betrifft, z. B. der Standesherrschaft Fürstenberg durch den erwähnten §. 59 der Deklaration vom 12. Dezember 1823 nur einen Theil der sonst ihr, beziehungsweise dem Staate, zustehenden Rechte übertragen oder belasten; eine Uebertragung von Rechten gegen den Gutseigenthümer, die diesem gegenüber nicht sonst schon gesetzlich begründet sind, hätte eine Wirksamkeit gegen die Eigenthümer als betheiligte Dritte nicht erlangen können.

Insofern nun jener § 59 der Standesherrschaft das Recht zum Bohnerzgraben zugesteht, ist dies vollkommen wirksam, denn das Bohnerzgraben gehört, wie wir oben unter I. gesehen haben, nach dem §. 27 des 7ten Org.-Edikts, zum landesherrlichen Bergregal, der Staat kann also das diesfallsige Recht, durch Uebereinkommen zum Vollzuge des Art. 14 der Bundesakte auch Standesherrn überlassen, oder es als eine standesherrliche Berechtigung erklären, in welchem Falle dieses Uebereinkommen für die Standesherrschaft bei Geltendmachung jenes Rechts die *legitimatio ad causam* bildet.

Was aber die Gewinnung der andern Steinarten oder Mineralien betrifft, welche bei einem nicht bergmännischen Baue nicht zum Regal, sondern dem Eigenthümer oder Dienstbarkeitsberechtigten gehören, so hat der gedachte §. 59 keine andere Wirkung, als etwa jene, daß die Berechtigung, wenn sie durch eine veränderte Gesetzgebung ebenfalls noch zum Regal gezogen werden sollte, im standesherrliche Gebiete immerhin der Standesherrschaft belassen werden müßte. Solang aber diese andern Steine oder Mineralarten, wie dies gegenwärtig in Gemäßheit des §. 27 des 7ten Org.-Edikts der Fall ist, bei gemeinem Graben oder Steinhauen gleich jedem andern Privateigenthume nur dem Grundbesitzer oder Demjenigen, der ein besonderes Dienstbarkeitsrecht darauf erworben hat, gehören, also der Regalität nicht unterworfen sind, so unterliegt es vorerst keinem Zweifel, daß die Standesherrschaft dieselben wie jeder andere Privateigenthümer auf ihren eigenen Gütern gewinnen kann, ohne daß ihr die Festsetzung des §. 59 der Deklaration dazu nöthig wäre. Zur Gewinnung jener Steine und Mineralarten auf fremdem Boden kann ihr aber dieser §. 59 das Recht nicht geben, sondern es wird sich fragen, ob und durch welchen civilrechtlichen Titel sie dieses Recht gegen die Grundeigenthümer sonst schon erworben haben?

Soweit es sich übrigens nach der oben aufgestellten Frage nur um das Recht auf das Eisenerz handelt, kann dasselbe schon vermöge der Regalität, kraft allgemeinen Gesetzes, auch ohne die Nachweisung eines solchen Dienstbarkeitsrechts auf fremdem Gute gewonnen werden, und in dieser Beziehung begründet die Deklaration für die Standesherrschaft, die Legitimation zur Sache, nämlich die Befugniß, dieses Regal für sich auszuüben, soweit diese Befugniß nicht etwa schon nach der Rheinbundesakte und nach dem Standesherrlichkeits-Edikt von 1807 als ihr zukommend erachtet wird.

Auf diese Voraussetzungen hin ergibt sich

zu III. auf die dritte Frage die Antwort ganz einfach.

Handelt es sich um ein gemeines Graben der, ihrem Gegenstande nach nicht zum Regal gehörigen, Stein- und Erdarten, so könnte im Falle eines Streits über die Berechtigung selbst oder über die Art ihrer Ausübung nur der Civilrichter entscheiden.

Handelt es sich aber, wie die oben aufgestellte Frage lautet, um Erze, welche nach dem Art. 27 des 7ten Org.-Edikts ohne Rücksicht auf die Gewinnungsart,

Digitized by Google

in allen Fällen schon dem Gegenstand nach zum Regal gehören, so sind nur die Verwaltungsbehörden und nicht die Gerichte zuständig. Regalien sind nämlich Hoheitsrechte, es tritt dabei (wie z. B. bei der Besteurung) der Staat als solcher den Einzelnen gegenüber, und selbst wo solche hoheitlichen Rechte kraft der Bundesgesetze den Standesherrn verliehen sind, können diese dieselben nue im Namen des Staats vermöge einer diesfalls übertragenen Staatsgewalt ausüben, so daß der Streit über die Ausübung derselben auch bei ihnen eben so wenig vor die Gerichte gezogen werden kann, als wenn der Staat jene Rechte unmittelbar ausübt.

Selbst die Streitigkeiten über die Entschädigung beim Schürfen und Erzgraben gehören vor die Verwaltungsbehörden, da die Bestimmungen des Zwangsabtretungsgesetzes vom 28. Aug. 1835, welches im Widerspruch mit der frühern Vorschrift des Org.-Edikts v. 1809, Beilage F., §. 8 die Streitigkeiten über Entschädigung für Abtretungen zum öffentlichen Nutzen an die Civilgerichte verweis't, nach dem §. 95 des nämlichen Gesetzes auf das Recht des Bergbaus, also auf das Schürfen und Graben nach Metallen, keine Anwendung findet.

D. Red.

II.

Betrachtung über die Pfandbuchs-Renovation in K.

Jede Erneuerung eines Pfandbuchs kann nur dann als vollständig betrachtet werden, wenn ein neues Pfandbuch gefertigt ist, nämlich das Resultat der Verhandlungen und Untersuchungen über die Gültigkeit der offenstehenden Einträge nebst den angemeldeten bestehenden Pfandrechten, in ein neues Buch übertragen ist.

Durch die Einführung des Code Napoleon als badisches Landrecht wurde eine Erneuerung der Pfandeinträge auf den Abfluß von 10 Jahren festgesetzt (L.R.S. 2154), welche Bestimmung aber durch die Verordnung vom 19. August 1819, Regierungsblatt Nr. 23, und zwar zum Bedauern für die Unterpfandsbuch führenden Stellen, wieder aufgehoben wurde (der aufhebenden Behörde wurde ein nicht gehöriger Vortrag erstattet, sonst hätte sie die Aufhebung, welche eine Disharmonie im Pfandwesen herbeigeführt hat, nicht verfügt). Die Erneuerung eines Pfandbuchs kann nur auf den Antrag des betreffenden Amtsrevisorats von dem Bezirksamt oder im Wege des Recurses von der Kreisregierung angeordnet werden (Regierungsblatt 1826 Nro. 10. Ke. Anz. Bl. 1832 Nro. 32). Wie dieses hier geschehen, ist mir nicht bekannt. So viel ist bekannt, daß die hiesige Renovation schon mehrere Jahre dauert, während welcher Zeit die noch bestehenden Einträge geprüft, und je nach Befund der Eintrag als ein noch bestehendes Unterpfands- oder Vorzugsrecht bewahrend, oder aber als zum Strich geeignet befunden, und in letzterem Falle auch gestrichen wurde.

Rücksichtlich mehrerer Einträge, obgleich die betreffenden Posten bezahlt seyn sollen, konnten die Strichbewilligungen nicht beigebracht werden, daher das großh. Stadtamt eine öffentliche Aufforderung an die Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Ansprüche erließ; worauf Manches ins Reine, Vieles aber auch nicht weiter in Anregung gebracht worden seyn soll. In letzterer Beziehung verlangte zwar der Renovationscommissär (nach eingesehenen Acten) gegen die sich nicht gemeldet habenden Gläubiger ein Präclusiverkenntniß, welches großh. Stadtamt aber auf den Grund Reggsblt. 1826, Nr. 10, und zwar mit allem Recht verweigert hat, laut der Verfügung vom 28. Febr. dieses Jahes.

Mit den seitherigen Arbeiten der Renovationscommission (die aber schon auffallend lange dauert) ist der erste Act der Pfandbuchsrenovation nach Angabe geschehen, und der zweite, nämlich die Reinschrift, hat zu beginnen. Hier erheben sich Bedenklichkeiten, indem bei der größten Sorgfalt Irrungen möglich sind; für welche die jetzigen Mitglieder der Pfandschreiberei zu haften haben; sie übernehmen daher ausser der während ihrer Funktionszeit laufenden Geschäfte und damit verbundenen Verantwortlichkeit noch eine weitere, welche sich auf alle — vor — ihrer Dienstzeit geschehenen Geschäfte bezieht, zwar nur in Rücksicht der richtigen Uebertragung der alten Pfandrechte in das neue Pfandbuch *).

Für etwaige frühere Irrthümer bleiben, nach der Verordnung im Regierungsblatt v. 1826 Nr. 10, Absatz 4, fortwährend, auch nach geschehener Uebertragung, die früheren, zur Zeit gewesenen Pfandschreibereimitglieder verantwortlich. Das Abschreiben von Ziffern und was diesem ähnlich ist, ist schwierige, als eine erstmalige Aufzeichnung, leicht schleichen sich Irrungen ein. Dies ist jedoch nicht das Schwierigste, sondern der Umstand, daß bisher alle, obschon mangelhaft gestrichene Pfandeinträge für wirklich erloschen behandelt wurden, daher bei Kaufsgewährungen und Pfandbestellungen als gehörig gestrichen betrachtet wurden, allein alle diese mangelhaft gestrichenen Einträge sind in der Bekanntmachung vom 28. Februar d. J., wie dieselbe selbst angibt, enthalten. Wenn nun die Uebertragung der gestrichenen Einträge ins neue Buch ge-

*) Diese Uebertragung soll (Justizministerialverordnung vom 3. Juli 1830 Nr. 2878 in Manuskript) angeben: 1) Bezeichnung des Schuldners, 2) des Gläubigers, 3) die Unterpfänder im Allgemeinen, nebst Bemerkung, wo, in welchem Band oder Volumen und auf welcher Seite der Eintrag im alten Pfandbuch steht.

Digitized by Google

schähe, dann würden längst getilgte und für vollständig erloschen angesehene Einträge wieder aufleben, und daher bei einem großen Theil der Inwohnerschaft Besorgnisse ohne Noth hervorrufen, und den Gemeinderath als Kaufgewährende und Pfandobjekt beurkundende Stelle in unzählige Schwierigkeiten versetzen; z. B. ich habe ein Haus gekauft, mir ist's für pfandlastfrei gewährt worden; nun wird ein mangelhaft gelöschtes Pfandrecht darauf aus einem alten Pfandbuch übertragen, ich will mein Haus jetzt verpfänden oder verkaufen, nun bringt man mir eine alte Schuld darauf vor. — Was werde ich thun? den Gemeinderath verklagen, weil er mir mein Haus für pfandlastfrei gewährt hat. Mit einem Wort, dasjenige, was man durch die Renovation beseitigen wollte, würde hervorgerufen. Der Gemeinderath wird unter diesen Verhältnissen wohl am besten thun, die Renovation hier geradezu abzubrechen; jedoch um keine gehässige oder beunruhigende Ausstreuungen dadurch herbeizuführen, möchten andere Rücksichten zu betrachten seyn, nämlich — wie das Ganze sich vereinigen ließ*, ohne daß es auf irgend eine Art auffallend erscheint.

Zu näherer Prüfung schlage ich daher vor:

„Alle Pfandbuchseinträge, welche in der Bekanntmachung vom 28. Februar d. J. erwähnt, aber gestrichen, gleichviel, ob nur mittelst eines Strichs durch den Eintrag, oder sonst auf mehr oder weniger mangelhafte Weise — werden in das neue Buch nicht übertragen, das sofort von der Renovationscommission abgeschlossen wird, und dem Gemeinderath bei Ausfertigungen ꝛc. auf den Grund der Urbücher als Leitfaden dient und dienen kann.

Außer Obigem will ich diesen Vorschlag noch in etwas motiviren.

Für die Löschungsart der Pfandeinträge gibt es drei Perioden:

1) Für die Zeit vor Einführung des Code Napoleon als unser Landrecht, also bis zum 1. Januar 1810, wo die Tilgung dadurch bewirkt wurde, daß man den Eintrag auf Vorlage der Schuldurkunde von Seiten des Schuldners, und die oft nicht einmal quittirt war, ohne alles Weitere blos durchstrichen hat, daher auch jetzt noch der gebräuchliche Ausdruck, den Strich im Pfandbuch vornehmen, den Strich bewilligen (confr. L.R.S. 2158), höchst selten wurde damals nur angemerkt, in welchem Jahr der Strich geschah.

2) Vom 1. Januar 1810 an sollte zwar nach L.R.S. 2158 eine öffentliche Urkunde zum Strich vorgelegt werden, was auch in der Pfandschreiberei-Instruktion vom 6. September 1822 wiederholt ist, demunerachtet wurde überall ohne öffentliche Urkunde durch Strich im Pfandbuch nach Gewohnheit gelöscht. Zu dieser Löschung gab das Formular bei der Pfandschreiberei-Instruction ad §. 26 selbst Veranlassung, indem darin keine Erwähnung von einer öffentlichen Urkunde geschah.

3) Im hiesigen Anzeigeblatt von 1826 Nr. 74 wurde erst ein Formular zur Ausstreichungsurkunde gegeben und verordnet, daß eine öffentliche Urkunde dazu erforderlich sei.

Die Löschungen, wie sie unter 1 bemerkt sind, sind gültig, indem gar keine Vorschrift darüber bestund, und im Altbadischen nur auf angegebene Weise (nach deutschen Mannes Ehrlichkeit) mit einem Strich überall gelöscht wurde.

Die Löschungen, wie sie unter 2 bemerkt sind, sind mangelhaft, obgleich zur Zeit auf die altübliche Art die Löschung geschahe.

Die bezüglichen und durchgestrichenen Einträge wurden jedoch in das stadtamtliche Ausschreiben vom 28. Februar d. J. aufgenommen, es tritt nun in Rücksicht auf sie — der in der Bekanntmachung vide Regierungsblatt 1826 Nr. X. Seite 68 Absatz 3 angedrohte Nachtheil ins Leben, daß jeder Pfandgläubiger sich diejenigen Nachtheile selbst zuzuschreiben hat, welche daraus, daß er sich nicht meldete, für ihn entspringen können — — nämlich: es bleibt rücksichtlich ihrer beim Seitherigen, oder, sie sind gelöscht, und bleiben es.

Daß das neue Pfandbuch (diesen Namen kann und soll es nicht führen) nur als Leitfaden für den Gemeinderath dienen kann und soll, und zu keinem weiteren Gebrauch zu benutzen ist, steht in der Befugniß des Gemeinderaths, ebenso wie ihn (den Gemeinderath) Niemand nöthigen kann, für frühere Buchseinträge, die andere Personen besorgten, gut zu stehen.

Ich bin nun der Ansicht, daß man alle mit Strich versehene Einträge, für gehörig gelöscht gelten lassen könne und solle, und die Arbeit der Renovations-Commission als bloße Nachweisung (im Sinne des L.R.S. 1334 — 36) zu benutzen sei. Rheinländer, Landamtsrevisor.

Anm. der Red. — Allerdings hat die unbedingte Aufhebung des L.R.S. 2154 in das Pfandwesen viele Verwicklungen gebracht. Zwar hatte die Bestimmung des S. 2154, wornach die Pfandeinträge bei Verlust ihrer Wirksamkeit innerhalb 10 Jahre wieder erneuert werden sollten, in ihrer Allgemeinheit auch erhebliche Bedenken; allein ein Mißgriff war es dennoch, daß jene Bestimmung nur geradezu aufgehoben und nichts an ihre Stelle gesetzt wurde, so daß jetzt selbst bei Pfandbuchs-Erneuerungen auch die ältesten Einträge kein Rechtsnachtheil trifft, wenn kein Betheiligter das Pfandrecht zum neuen Eintrag anmeldet Ich kenne Pfandbuchs-Erneuerungen, wobei man deshalb die alten Pfandbücher oder deren Stelle vertretenden Raths-

Digitized by Google

protokolle bis auf einige Jahrhunderte zurück durchgieng, und alle darin nicht gestrichenen Pfandeinträge in das neue Pfandbuch übertrug, indem auch der älteste Eintrag da, wo die Schuld noch besteht, und das Gut nie als lastenfrei an einen dritten Besitzer übergieng, also nie von einem solchen die Lastenfreiheit ersessen wurde, jetzt immer noch gleiche Wirksamkeit hat, wie ein neuer Eintrag. Durch dieses ungeheure Geschäft ist aber alsdann bei der Masse solcher Uebertragungen, welche größtentheils längst nicht mehr bestehende Pfandrechte betreffen, gar nicht viel gewonnen, da das mit leeren Uebertragungen angefüllte neue Pfandbuch nicht viel einfacher ist, als die Masse der alten Pfandbücher selbst. Dies Mißverhältniß ist noch größer, wenn da, wo bei dem Striche eines Eintrags die Nachweisung der im S. 2158 erwähnten richterlichen Entscheidung oder öffentliche Beurkundung der Ausstreichungsbewilligung fehlt, und doch nicht ersichtlich ist, daß derselbe schon vor 1810 geschah, auch die gestrichenen Einträge (wie es die Vorsicht erfordert) in das neue Pfandbuch übertragen werden. Beinah ganz werthlos endlich wäre die Pfandbuchs-Erneuerung, wenn nach dem obigen Vorschlage das neue Pfandbuch gar nicht als ein solches, sondern nur als ein Leitfaden benützt werden sollte, um darnach in jedem einzelnen Falle in den alten Pfandbüchern sich leichter zu Recht zu finden, wozu ein einfaches Register besser, als ein vollständig errichtetes neues Pfandbuch dienen würde.

Um eine Pfandbuchs-Erneuerung auch unter der bestehenden Gesetzgebung so fruchtbar als möglich zu machen, wird nöthig, daß man hinsichtlich der unsichern alten Einträge, d. h. derjenigen, deren rechtlichen Bestand der Eigenthümer des Pfandguts nicht mehr anerkennen will, ein Contumazial-Verfahren gegen die Gläubiger veranlasse.

Wenn, wie im obigen Aufsatze gesagt ist, das Stadtamt auf den Antrag des Renovationskommissärs (also blos im rechtspolizeilichen Wege) eine öffentliche Aufforderung erließ, so konnte allerdings gegen die nicht Erschienenen nicht der Rechtsnachtheil ausgesprochen werden, daß der Eintrag als erloschen zu betrachten sei. Es konnte nach der Verordnung von 1826 die Folge einer solchen rechtspolizeilichen Vorladung nur seyn, daß nun eben die Einträge aller Derjenigen, die sich nicht meldeten, in ihrer alten Vollkommenheit oder Unvollkommenheit in das neue Pfandbuch übertragen werden mußten.

Soll die Folge damit verknüpft werden, daß die Einträge der sich nicht meldenden Gläubiger gestrichen und in das neue Pfandbuch nicht übertragen werden, so muß das Verfahren nicht blos im rechtspolizeilichen Wege auf Antrag des Renovationskommissärs, sondern im gerichtlichen Wege auf Klage der Pfandsgutsbesitzer eingeleitet werden.

Ueberall sind die Eigenthümer der Güter, auf welche die Einträge lauten, zu vernehmen, und es kann hier, wo die Uebertragung in Frage gestellt wird, überhaupt nur von Denjenigen Einträgen die Rede seyn, deren rechtlichen Bestand oder Fortbestand der Eigenthümer des verpfändeten Guts in Widerspruch zieht, ohne daß eine Ausstreichungsbewilligung des eingetragenen Gläubigers beizubringen ist.

Den, solche Einträge bestreitenden, Eigenthümern ist nun zu eröffnen, daß sie ein, die Ausstreichung derselben verfügendes, richterliches Erkenntniß erwirken sollen, widrigenfalls die Einträge so, wie sie sind, auch in das neue Pfandbuch eingetragen werden.

Dadurch werden die Eigenthümer veranlaßt, nach Satz 2159 auf Ausstreichung zu klagen, und es mag sodann eine entsprechende Zeit zugewartet werden, nach deren Ablauf die bestrittenen Einträge, hinsichtlich deren ein richterliches Ausstreichungserkenntniß nicht beigebracht wurde, nun auch in das neue Pfandbuch übertragen werden.

Um ein solches Erkenntniß zu erlangen, werden die Eigenthümer unter Angabe der Zahlung, Verjährung oder eines andern Grundes der Unterpfandserlöschung nach Satz 2159 bei Gericht darauf antragen, daß die Ausstreichung des Pfandeintrags richterlich verfügt werde.

Diese Klage ist gegen den im Pfandbuch eingetragenen Gläubiger zu richten.

Gegen die eingetragenen Gläubiger, die sich in Einem der in den §§. 272 und 273 des Pr. Ord. bestimmten Fälle befinden, erfolgt eine öffentliche Vorladung statt der Einhändigung der Klage, und im Falle des §. 274, wo nur der Aufenthaltsort des inländischen Gläubigers unbekannt ist, wird für ihn ein Pfleger bestellt.

Sind eingetragene Gläubiger nicht mehr am Leben und auch ihre Erben oder Rechtsfolger nicht bekannt, so erfolgt gegen die Letzteren ebenfalls eine öffentliche Vorladung, da für solche unbekannte Personen die besonderen Vorrechte des Inländers nicht in Anspruch genommen werden können, und der §. 274 der Pr. Ord., der die Aufstellung eines Pflegers vorschreibt, ohnehin nur solche Inländer, welche selbst bekannt, deren Aufenthaltsorte aber unbekannt sind, im Auge hat.

Melden sich in diesem Falle die unbekannten oder in den Fällen der §§. 272 und 273 auch bekannten Gläubiger innerhalb der in der öffentlichen Vorladung bestimmten Frist nicht, so wird nach §. 367 vergl. mit §. 253 und 311 auf weiteres Anrufen der Eigenthümer der angegebene Thatumstand, durch welchen das Pfandrecht erloschen seyn soll, als wahr angenommen und durch Versäumungs-Erkenntniß die Ausstreichung des Eintrags verfügt.

Wenn dagegen da, wo nach §. 274 für den inländischen Gläubiger, dessen Aufenthaltsort nur unbekannt ist, ein Pfleger aufgestellt wurde, dieser, oder in andern Fällen der

Digitized by Google

noch anwesende eingetragene Gläubiger selbst jenen angegebenen Erlöschungsgrund (S. 2180) widerspricht, so muß der Eigenthümer des Guts den Beweis führen, daß ein gesetzlicher Grund zur Streichung des Pfandeintrags vorhanden sei.

Ist jedoch der Rechtstitel des Pfandrechts und der mit Pfandrecht versehenen Forderung selbst älter als 30 Jahre, so ist damit die nach S. 2180 auf Verjährung der Hauptforderung gebaute Erlöschung des Pfandrechts schon gegründet, und es ist die Sache des Gläubigers, beziehungsweise des ihn vertretenden Pflegers, dazuthun, daß des Zeitablaufs unerachtet, die Hauptforderung noch nicht verjährt sei, indem im Laufe der letzten 30 Jahre der Fortbestand der Schuld durch Zinszahlungen, oder wie sonst noch anerkannt worden sei, und dergl.

Bei Eintragungen von Forderungen, die schon 30 Jahre nicht mehr verzinset wurden, wird es also den Eigenthümern der Pfandgüter in der Regel etwas leichtes seyn, ein Ausstreichungs-Erkenntniß selbst da zu erwirken, wo der eingetragene Gläubiger noch vorhanden oder für ihn nach §. 274 der P. O. ein Pfleger aufzustellen ist. Noch leichter wird dies aber da seyn, wo der jetzige Eigenthümer des Guts nicht der ursprüngliche Schuldner selbst, sondern ein dritter Besitzer des Guts ist, der nach S. 2180 die Freiheit des Guts schon innerhalb 10 Jahren ersitzt, oder dieselbe nach S. 2198 durch das dort erwähnte Pfandschreibereizeugniß schon bei dem Gutserwerb selbst sogleich erlangt hat.

Auf solche Weise, bei den ganz alten Einträgen aber insbesondere durch das Contumazialverfahren gegen die unbekannten Erben oder Rechtsfolger der eingetragenen Gläubiger wird eine Menge alter Einträge zur Ausstreichung gebracht und das neue Pfandbuch wesentlich vereinfacht werden können.

Die Einträge, welche durchstrichen sind, ohne daß ersichtlich ist, daß dieß schon vor 1810 geschah, oder daß andernfalls die Bedingungen der S. 2157 — 2159 vorhanden waren, würde ich übrigens, wenn kein Ausstreichungs-Erkenntniß erwirkt wird, ebenfalls übertragen, und dabei den Beisatz machen, daß sie im alten Pfandbuch ohne Beurkundung durchstrichen gefunden worden seyen. Die Frage, ob und welche Rücksicht bei neuen Verpfändungen darauf zu nehmen sei, wird dann in vorkommenden Fällen gerade so beantwortet, wie wenn gar keine Pfandbuchs-Erneuerung Statt gehabt hätte, sondern bei Nachschlagung des alten Pfandbuchs der unbeurkundet durchstrichene Eintrag gefunden worden wäre. Ich würde übrigens in beiderlei Fällen einen solchen Eintrag als noch bestehend behandlen, da ein ohne die gesetzlichen Bedingungen ungültig gemachter Durchstrich das Pfandgericht vor Verantwortlichkeit eben so wenig deckt, als wenn gar keine Ausstreichung vorläge. D. Red.

III.

L.R.S. 499. P.O. §. 1175. Nr. 4. §. 1177.

In einem Falle, wo gegen einen nach Maßgabe des L.R.S. 499 Verbeistandeten eine Forderung für Verköstigung und Fuhrlohn eingeklagt wurde, welche auf einem von dem Halbentmündigten ohne Beistand getroffenen Uebereinkommen beruhte, wurde der Kläger in zweiter Instanz abgewiesen, weil, wie es in den Entscheidungsgründen heißt:

„Dieses Uebereinkommen unter den Satz 499 und zwar unter den Begriff des Rechtens falle, d. h. belastete Rechtsgeschäfte eingehen, die nicht zur Verwaltung des Vermögens gehören."

I. Diese Entscheidung steht mit dem allgemeinen und dem juristischen Sprachgebrauche im Widerspruche, wonach das Wort „rechten" etwas ganz Anderes, nämlich „vor Gericht stehen, Prozeßführen" bedeutet, welche Ansicht auch nach dem Wortbegriffe die richtigere und mit dem Sinne und dem übrigen Inhalte des L.R.S. 499 allein vereinbarlich ist, denn:

a. Wenn unter dem Ausdrucke „rechten" die Eingehung eines jeden Rechtgeschäftes zu verstehen wäre, stünde der nach Satz 499 Verbeistandete — von einer Beschränkung auf die zur Vermögensverwaltung nicht gehörigen Rechtsgeschäfte enthält dieser Satz nichts — dem völlig Entmündigten ganz gleich, oder gar noch nach.

b. Es ließe sich nicht einsehen, wie neben diesem allgemeinen, alle Rechtshandlungen einschließenden Ausdrücke — logisch — noch einzelne wenige Rechtsgeschäfte besonders aufgezählt werden konnten, die doch unzweifelhaft unter diesem allgemeinen Ausdruck von selbst sich verstünden.

c. Endlich wäre gerade die Handlung, welche der allgemeinen Ansicht nach mit dem Ausdrucke „rechten" bezeichnet werden sollte, nämlich vor Gericht stehen, unter den Fällen, wo die Beiwirkung des Beistandes nöthig ist, nicht enthalten, da gerade dies ein Rechtsgeschäft im wissenschaftlichen Sinne nicht genannt werden kann und auch nicht unter die Rechtsgeschäfte gerechnet zu werden pflegt; zur Führung eines Rechtsstreites bedürfte also der Verbeistandete eines Beistandes nicht!

II. Zweifelhafter dagegen ist die Beantwortung der Frage, ob sich gegen diese Entscheidung auf den Grund des §. 1175 Nr. 4 der P. O., weil sie auf einen unwahren Rechtssatz gebaut sei, auch ohne Daseyn der Appellationssumme appelliren ließe. Der Ausdruck „rechten" in dem oben bezeichneten Sinne ist so bestimmt und allgemein gebräuchlich, daß man nicht nöthig hat, zur Auslegung zu greifen. Ueberdies ist in dem französischen Texte das Wort *plaider* gebraucht, welches die ganz bestimmte Bedeutung von Pro-

Digitized by Google

zeßführen hat, wie ein Blick in das erste beste französische Wörterbuch zeigt; in dem von Mozin z. B. ist dieses Wort umschrieben mit „defendre une cause en justice" und wiedee gegeben mit dem deutschen Ausdrucke „rechten", voe Gericht streiten."

Man muß zugeben, daß mit dem Ausdrucke „unwahrer Rechtssatz" die zahllosen Fälle nicht gemeint seyn können, wo der Richter ein Gesetz falsch auslegt oder falsch anwendet, — hierdurch wäre in der That die Ausnahme fast zur Regel ohne Ausnahme gemacht! Was heißt nun abee ein unwahrer Rechtssatz? Etwa nur, wenn es in den Entscheidungsgründen z. B. hieße:

„In Erwägung, daß nach L.R.S. 1325 jede Privaturkunde auf Postpapier gescheieben weeden muß u. s. w., oder „In Ewägung, daß der L.R.S. 340 jede Nachfrage, wer die Mutter eines Kindes sei, veebietet — oder gar: „In Erwägung, daß der L.R.S. 3000 besagt u. s. w."

Wollte man nur solche Sätze als unwahre Rechtssätze gelten lassen, so dürfte wohl im Gegensatze mit dem andern Extreme anzunehmen seyn, daß ein solcher Fall sich gae nie ereigne, die Vorsicht des Gesetzes dürfte eine überflüssige genannt werden.

Der §. 1175 Nr. 4 der P. O. sollte in dem Falle, wenn contra jus clarum in thesi entschieden wurde, die frühere querela nullitatis ersetzen, diese Querel fand da Statt, wenn gegen ein deutliches Gesetz verstoßen wurde; man wird also auch jene Bestimmung der P. O. nicht blos auf solche kaum denkbare Veestöße, wie oben angeführt wurden, sondern auch auf solche Entscheidungen anwenden müssen, welche gegen einen bestimmten (L.R.S. 4 a.) Ausdruck des Gesetzes, welchee, um mit den Woeten unseres Gesetzbuches zu reden, eine Auslegungsbedürftigkeit nicht herbeiführt, anstoßen.

Ein solcher Ausdruck scheint mir nun der im L.R.S. 499 gebrauchte „rechten" schon an und für sich dem darin liegenden Sinne und dem Sprachgebrauche nach, überdies aber verglichen mit dem feanzösischen Worte „plaider" zu seyn, und wenn nun dee Richter sagt, dieser Ausdruck bedeute die Eingehung eines jeden Rechtsgeschäftes, so ist dies nicht eine falsche Auslegung, sondern eine unrichtige Definition, eine Verwechslung der Begriffe zu nennen, welche, von diesem einzelnen Worte auch abgesehen, im Allgemeinen zue Folge hat, daß hinsichtlich der Rechtsfähigkeit des Veebeistandeten etwas Andeees zu Recht erkannt wird, als das Gesetz — L.R.S. 499 vergl. mit 489 — ausdrücklich will.

So besagt c. 2. C. 7. 64:

„Si cum inter te et aviam defuncti quaestio de „successione esset, judex datus a Peaeside pro„vinciae pronunciavit, *potuisse defunctum etiam „minorem quatuordecim annis testamentum fa„cere, ac per hoc aviam potiorem esse;* senten„tiam ejus contra tam manifesti juris formam datam „nullas habeee vires palam est, et ideo in hac specie „nec peovocationis auxilium necessarium fuit.

Ein anderes Beispiel einer Entscheidung contra jus clarum enthält C. 1. §. 2. D. 49. 8:

„— — si judex volenti se ex cura muneris vel „tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare dixerit, neque filios, neque „aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel „tutelae excusationem prodesse — —."

Unbestimmt bleibt übrigens dee Begriff eines unwahren Rechtssatzes immee, weil sich auch daeübee streiten läßt, ob ein Ausdruck deutlich, ob die Gesetzesstelle jus *clarum* sei; hierüber wird in dem einzelnen Falle das Gericht, an welches die Sache durch die Berufung gelangt, nach seinem Ermessen zu entscheiden haben.

III. In dem hier besprochenen Falle ergieng die erwähnte Entscheidung in zweitee Instanz, und zwae nachdem der Beklagte erst in dieser Instanz die Einrede, daß er nach Maßgabe des L.R.S. 499 verbeistandet sei, als Novum vorgebracht hatte. Nach §. 1177 dee P.O. wäre also in diesem Falle eine weitere Appellation formell nicht zulässig. Daß diese gesetzliche Bestimmung mit der ratio legis und mit den zu diesem Paragraphen von Weiler angegebenen Motiven im Widerspruche stehe, ist schon in dem Aufsatze II. Jahrg 5 der Annalen Nr. 19 pag. 116 bemerkt worden. Man könnte sich etwa damit helfen, daß man den Ausdeuck „Oberappellation" nur mit Rücksicht auf einen und denselben Beschwerdegrund verstünde, so daß, wenn man wegen eines eest vom Hofgeeichte ausgesprochenen unwahren Rechtssatzes an die dritte Instanz sich wendet, dies nicht eine Oberappellation, sondern eine Appellation in Bezug auf diesen Beschwerdegrund zu nennen wäee; allein dies kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben, da in demselben Paragraphen ein solcher Fall in Bezug auf Nr. 3 des §. 1175 als Ausnahme angeführt wird.

— vergl. Ann. Jahrg. 1. Nr. 7. pag. 42.

(Weniger gewagt scheint mie jedoch diese Auslegung in dem Falle, wenn es sogar eine neue, in zweitee Instanz erst voegetragene Thatsache ist, in Bezug auf welche der unwahre Rechtssatz ausgesprochen wurde.) — Immerhin zeigt die Praxis, z. B. gerade der hier besprochene Fall, daß auch ein Obergeeicht, und zwar ohne daß der Fehler schon vom Untergeeichte begangen worden wäre, oder in Bezug auf eine neue Thatsache, Geund zue Beschwerde in einem der durch den §. 1177 von der Oberappellation ausgeschlossenen Fälle des §. 1175 geben könne, der Zweck des Gesetzes wäre also nur höchst unvollkommen erfüllt, wenn bei fehlendee Obeeappellationssumme gar kein Rechtsmittel dagegen mehe denkbar wäre. In allen solchen Fällen könnten sich die Mittelgeeichte ganz von unseeem Gesetzbuche lossagen, nach einem andern oder nach gae keinem erkennen, und es gäbe für die Paethien kein Rechtsmittel dagegen. Man wende nicht ein, daß dies bei dem höchsten Geeichtshofe ja auch vorkommen könne, daß man die Rechtsmittel folglich in infinitum zulassen müßte. Ich antwoete: in drittee Instanz sind die Rechtsgründe des Falles schon mehe besprochen und geprüft, und — was die Hauptsache ist — in deitter Instanz werden keine neue Thatsachen zugelassen; mit der unbeschränkten Zulässigkeit neuee Thatsachen in zweitter Instanz aber verträgt sich die jetzige Fassung des §. 1177 nicht. Nicht nur in dem Falle Nr. 4, sondeen auch Nr. 2, 5 und 8 des §. 1175 hätte man so, wie bei Nr. 3, die Obeeappellation zulassen sollen.

Möge auf diesen Mangel geeigneten Orts Rücksicht genommen weeden! Adolf Gutmann.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. T. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 50. Karlsruhe den 14. December 1839.

I.

Hofgericht Mannheim.

Ein unterrichterliches Versäumungs-Erkenntniß und die gegen solches ergriffene Berufung.

(Wahl und Ascani gegen Grauel.)

Am 14. Januar 1835 erschienen J. Wahl und A. Ascani von Hockenheim vor dem Amte Schwezingen. Ersterer trug vor, daß er dem G. Grauel verschiedene Gegenstände im Werthe von 63 fl. 50 kr. gegen ein Darlehen von 15 fl. verpfändet, dieselbe wieder habe auslösen wollen, aber von Grauel die Erklärung erhalten haben, sie seien ihm entwendet worden. Kläger bat sogleich, den Grauel anzuhalten, die Objekte herauszugeben. Ascani trug vor, er habe dem Grauel Sachen, 32 fl. im Werthe, für 8 fl. verpfändet, und machte (wie das über beide Klagen aufgenommene gemeinschaftliche Protokoll besagt) im übrigen den nämlichen Vortrag und stellte die nämliche Bitte. Das Amt ließ eine Abschrift des Protokolls fertigen und verfügte die Zustellung an den Beklagten, mit der Weisung: „binnen 14 Tagen entweder die angegebenen Effekten in natura zurück zu geben oder deren Werth zu ersetzen, oder gegen die Forderung Einsprache zu erheben, widrigenfalls kläger'scher Vortrag für richtig angenommen und jede Schutzrede für versäumt erklärt werden würde."

Diese Abschrift kam zu den Akten zurück mit dem Beisatze: „insumirt den 21. Januar 1835 P. Gerichtsbote."

Es erfolgte dann am 28. Januar der Beschluß:

„Einwand. Citentur partes."

In der Tagfahrt vom 19. Februar erschienen nun beide Kläger und geben eine s. g. Klagbegründung zu Protokoll. Der Beklagte war nicht erschienen, es hatte sich aber ein in Mannheim wohnender Anwalt für denselben gemeldet, deshalb beschloß das Amt am 2. April, daß die Akten dem Stadtamte Mannheim mitzutheilen seien, mit dem Ersuchen, jenen Anwalt über die Klagbegründung zu vernehmen. Der Anwalt erschien jedoch vor dem Stadtamte nicht, weshalb die Akten zurückgesendet wurden.

Am 9. Mai verfügte dann das Amt Schwezingen:

„weil der Anwalt von dem requirirten Richter nicht „präjudiciell vorgeladen worden sei, was allerdings hätte geschehen können, wenn der competenten Behörde das Versäumungs-Erkenntniß überlassen bleibe, derselbe also auch nicht ausgeschlossen werden könne, so werde Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung angeordnet und dem Beklagten dabei bemerkt, daß er mit oder durch einen Bevollmächtigten erscheinen könne."

In dieser Tagfahrt (vom 26. Mai 1835) erschienen beide Theile. Nach Eröffnung des Klagevortrags und des Nachtrags erklärte Beklagter: „er habe die Sache einem Advokaten übergeben und lasse sich deshalb heute in keine Erwiederung ein."

Hierauf wurde Beklagter in die Kosten der Tagfahrt verfällt und (wie der amtliche Beschluß weiter lautet) dessen Bitte, um Ansetzung einer anderen Tagfahrt bewilligt.

Diese sollte am 11. Juni Statt finden und Beklagter erhielt eine besondere Vorladung: „sich an gedachtem Tage bei Amt einzufinden, widrigenfalls der Vortrag des Gegners für richtig angenommen und jede Schutzrede für versäumt erklärt würde."

In der neuen Tagfahrt erschien Beklagter nicht, wohl aber hatten sich die Kläger eingefunden, welche nun um Ausschluß-Erkenntniß anriefen. Das Amt faßte den Beschluß:

„In Erwägung: daß nach vorgelegter Ladungsbescheinigung die präjudicielle Ladung zur gehörigen Zeit eröffnet wurde, ergeht folgendes Erkenntniß:

Es wird zu Recht erkannt, daß Beklagter mit seinen weiteren Einwendungen ausgeschlossen und die Forderung des A. Ascani mit 32 fl., woran jedoch die darauf geliehenen 8 fl. in Abzug kommen, und die Forderung des J. Wahl mit 63 fl. 50 kr. nach Abzug der darauf geliehenen 15 fl., unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten, liquid erklärt werden."

Digitized by Google

Nachdem das Urtheil dem Beklagten zugestellt worden war, zeigte sein Anwalt die Berufung an.

Das gegen obiges Versäumungs-Erkenntniß ergriffene devolutive Rechtsmittel würde nun nach §. 1178 der P.O. zulässig und begründet gewesen seyn, wenn die Beschwerde darin gesetzt worden wäre, daß die als Folge der Versäumniß ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß seyn. Denn

1) es hatten die Kläger in der Klage nur gebeten den Beklagten zu Herausgabe der verpfändeten Objekte zu verurtheilen; da der Unterrichter den Beklagten aber zu Bezahlung des von den Klägern behaupteten Werths jener Objekte verurtheilte, so hat er den ausdrücklichen Vorschriften der §§. 376 und 377 der P.O. zuwidergehandelt, und offenbar den Beklagten zu mehr verurtheilt, als gebeten worden war.

2) Nach L.R.S. 2082 kann, ausser dem Falle des Mißbrauchs eines Pfands, der hier nicht von den Klägern behauptet wurde, der Schuldner die Rückgabe seines Pfands nicht eher fordern, als die Schuld, für welche das Unterpfand gegeben ist, getilgt wurde; oder, was ganz derselbe Fall wäre, es könnten die Pfänder nur gegen gleichzeitige Rückerstattung des Darlehens wieder ausgewechselt, eingelöst werden. Die Kläger haben aber selbst angeführt, daß ihre Schuld noch nicht bezahlt sei, daß sie solche jedoch gegen Rückempfang der Pfänder hätten entrichten wollen.

Es hätte daher, die Versäumniß des Beklagten vorausgesetzt, als Folge derselben nur angenommen werden können, daß die in der Klage angeführten Objekte dem Beklagten gegen die dort erwähnten Darlehen verpfändet worden seien, und es hätte demnach nur erkannt werden dürfen, daß Beklagter schuldig sei, dem J. Wahl die in der Klage verzeichneten Pfänder nach Bezahlung des gegen solche gemachten Darlehens von 15 fl., sodann dem A. Ascani die in der Klage verzeichneten Pfänder nach Bezahlung des dafür gemachten Darlehens von 8 fl. zurückzugeben.

In der Beschwerdeschrift war indessen nichts weiter enthalten, als: „die Beschwerde bestehe darin, daß zu Recht gesprochen worden sei (nun folgte der wörtliche Inhalt des amtlichen Urtheils.) Die nähere Ausführung behalte man der mündlichen Verhandlung bevor. Die Bitte gehe dahin, zu Recht zu sprechen: „daß unter Aufhebung des amtlichen Erkenntnisses die Klage verworfen seyn soll."

In der mündlichen Verhandlung wurde auch lediglich das amtliche Verfahren der Kritik unterworfen und zu zeigen versucht, daß von der, durch den Richter selbst verursachten subjektiven Klagenhäufung an bis zu Ende des richterlichen Verfahrens ein grober Fehler der Procedur an dem andern sich anreihe, wodurch diese durchaus als nichtig sich darstellen.

Von Seite des appellantischen Anwalts wurde das amtliche Verfahren selbst nicht vertheidigt und auch das Obergericht erkannte die Wahrheit der Behauptung des Appellanten im Wesentlichen an.

Gleichwohl glaubte dasselbe die Appellation für unzulässig erklären zu müssen:

In Erwägung, daß das amtliche Urtheil vom 11. Juni v. J., da es in Folge der unterbliebenen Vernehmlassung des Beklagten auf die Klage, jenen mit seinen Einwendungen gegen die Klage ausschloß und demgemäß noch weitere Rechtsnachtheile aussprach, — als Versäumungserkenntniß angesehen werden muß;

In Erwägung, daß gegen Versäumungserkenntnisse nach §. 1178 der P.O. in der Regel keine Berufung Statt findet und solche nur in gewissen Ausnahmsfällen zugelassen werden darf;

In Erwägung, daß in der Beschwerdeschrift des Appellanten weder ein gesetzlicher Ausnahmsfall, in welchem die Berufung auch gegen ein Versäumungserkenntniß statthaft wäre, angeführt, noch die Beschwerde in Verletzung gesetzlicher Vorschriften des Verfahrens gesetzt würde, diese Mängel aber (arg. der §. 1169, 1170. Nr. 2. der P.O.) nicht erst in der öffentlichen Gerichtssitzung mündlich verbessert werden können *).

Kien.

II.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Ueber die L. R. Sätze 2265 und 2267.

Rechtsfall.

Eine standesherrliche Gemeinde, innerhalb welcher ein standesherrlicher Rentbeamte wohnte, der seit langen Jahren einen bürgerlichen Allmendgenuß bezogen hatte, schritt zur Vertheilung der Allmendgüter; sie erwählte zu diesem Behuf eigene Deputirte, und von diesen wurde am 29. September 1810, unter Mitwirkung des Gemeinderaths

*) Wenn die Vorladung des Beklagten auf den 11. Juni gehörig eröffnet und bescheinigt ist, der Beklagte aber bei der Tagfahrt vom 11. Juni gleichwohl weder persönlich erschien, noch seinen Anwalt stellte, so wurde derselbe wohl mit Recht präcludirt, und insofern der Inhalt des Versäumungserkenntnisses den Rechten gemäß wäre, wüßte ich nicht, wie der Beklagte wegen Formfehlern das Erkenntniß mittelst der Appellation hätte anfechten können.

Die subjective Klagenhäufung wäre wenigstens dazu ein genügender Grund nicht gewesen, sie gibt dem Beklagten eine Einrede, die Trennung der Klagvorträge zu verlangen, sie macht aber das Verfahren nicht nichtig, die erkannte Ladung verliert daher ihre Wirkung in Bezug auf die Versäumniß des Beklagten keineswegs. Vergl. die Note (***) auf Seite 78 dieses Jahrgangs. D. Red.

Digitized by Google

die Allmendvertheilung vorgenommen, wobei man auch dem standesherrlichen Rentbeamten das Grundstück, welches er bis dahin in Genuß gehabt hatte, zutheilte, ohne daß in der, den Theilungsdeputirten von der Gemeinde ausgestellten Vollmacht von den Ansprüchen des standesherrlichen Rentbeamten besondere Erwähnung geschehen war.

Der Rentbeamte blieb nach vollzogener Theilung noch über 10 Jahre im Besitz des Grundstücks, nun wurde ihm aber solches von der Gemeinde entzogen, und darauf klagte die Standesherrschaft auf Auslieferung des Grundstücks und stützte sich unter Anderem auf die Verjährung des L.R.S. 2265.

Dieser Klagbegründung wurde entgegengehalten, daß nach L.R.S. 2267 zu Begründung der 10- und 20jährigen Verjährung eine wegen Formmangels ungültige Rechtsurkunde nicht genüge, daß aber die über die Allmendtheilung errichtete Urkunde an einem solchen Mangel leide, weil zu deren Errichtung nicht die Gemeindebürgee in ihrer Gesammtheit mitgewirkt hätten, die Deputirten aber wohl zue Vornahme der Theilung überhaupt, nicht aber insbesondere auch dazu Vollmacht gehabt hätten, dem Rentbeamten einen Theil zuzuscheiden.

Es scheint aber keinem Zweifel zu unterliegen, daß der L.R.S. 2267 nue die formelle Gültigkeit der Rechtsurkunde (des Akts) und nicht auch die formelle Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst fordert, so daß z. B. eine Schenkung wohl darum, weil sie nicht duech eine öffentliche Urkunde bewirkt wurde, keineswegs aber darum, weil dee Schenker nicht Eigenthümee, oder nicht der wahr Mandatar des Eigenthümers war, zu Begründung der kurzen Verjährung untauglich erscheint.

Zachariä neueste Auflage §. 217.
Troplong Prascr. Nr. 903.
vergl. Thibaut über Veej. §. 26 ꝛc.

Es gehört nun zwae allerdings zur Form, d. h. zu den die Gültigkeit bedingenden Erfordernissen, eines Rechtsgeschäftes, wie das vorliegende, daß die Gemeinde unmittelbar oder durch ihre legalen Vertretee das angesprochene Recht bewilligt habe, allein zue Form der über dieses Geschäft errichteten Rechtsurkunde gehört es nicht, daß aus derselben die Beobachtung jenee Erfordernisse des Rechtsgeschäfts hervorgehe, diese mag vielmehr, wo nicht, wie z. B. bei Testamenten, die Gesetze etwas Anderes bestimmen, sonsther bewiesen werden, wenn dem Rechtsgeschäfte seine volle gleichbaldige Wirksamkeit verschafft werden will; zur Begründung der kurzen Verjährung aber ist dieser Beweis nicht erforderlich, vielmehr vertritt sie geeade dessen Stelle, d. h. das Verjährungsgesetz nimmt an, daß der wahre Eigenthümer, welchee sich 10 bis 20 Jahre lang dabei beruhigt, wenn sein Eigenthum von einem Andern auf einen Dritten übertragen und von diesem besessen wurde, entweder voe oder nachher tacite (vergl. z. B. Art. 1998) in die Handlung des Andeen konsentiet habe.

Wollte man aber auch ganz der Auslegung Brauers zu Art. 2267 folgen, so würde doch der Fall, wie er voeliegt, nicht so anzusehen seyn, als ob die eine Hauptperson, nämlich die ein Recht übertragende Gemeinde, gar nicht zum Vertrag und zur Beurkundung mitgewirkt hätte, sondern nur so, daß die geschehene Mitwirkung dieser Hauptperson in sich Fehler habe, wegen der das Geschäft von diesee umgestoßen werden konnte.

Bei dem Vertrag vom 29. Sept. 1810 hat die Gemeinde durch iheen Gemeinderath und eigends eewählte Deputirte alleedings mitgewirkt, und der Veetrag hat deshalb, sofern ee sich nue mit Theilung der Allmend unter die Gemeindebüeger befaßt, seine volle Wirksamkeit; nur insofern als dieser Vertrag auch an Nichtgemeindebürgee Allmendtheile bewilligte, fehlt es am genügenden Beweise, daß die anwesenden Vertreter dee Gemeinde auch zu dieser Bewilligung legitimirt waren, weil davon in der Urkunde über ihe Mandat, nämlich dem Prot. vom 27. Sept. 1810 nicht ausdeücklich Eewähnung geschieht, wiewohl die Fassung diesee Vollmacht so beschaffen ist, daß der Vertreter der Standesherrschaft, so wie jene der Gemeinde ohne bösen Glauben und ohne Nachlässigkeit, eine solche Legitimation wohl daein finden konnten.

Einen solchen, nur die einseitige Umstoßung begründenden Mangel in dee Mitwiekung einee Hauptperson, welcher einen bösen Glauben des Verjährenden nicht involvirt, sieht abee auch Brauer nicht für die ordentliche Verjährung hinderlich an.

Die Schwierigkeit dieser Lehre liegt übeigens darin, daß, wenn man gleich den Art. 2267 auf die Formen des Akts beschränkt, dennoch der Art. 2265 schlechthin eine gesetzmäßige Eigenthumsurkunde (justum titulum) fordert, und daß dee Code nicht besser, als das römische Recht, bestimmt, was hieruntee zu verstehen sei.

Daß ein in allen Beziehungen gesetzmäßiger, also vollgültigee Titel nicht daruntee verstanden werden düese, leuchtet von selbst ein, weil ein solchee ganz fehlerfeeiee Titel der Ergänzung durch die Verjährung nicht bedarf. Welche Mängel des Titels sind es nun abee, die duech die Verjährung geheilt werden können? Troplong, die erste Autorität in dieser Lehre entscheidet sich mit Andern dafür, daß nur die Mängel, welche eine im öffentlichen Interesse statuirte Nichtigkeit involviren (er nennt sie absolute) einen Titel zur Verjäheung untauglich machen, und auffer den von ihm für diese Meinung angeführten Gründen scheint mir dee entscheidend, daß alle Verjährung auf einem fingir-

Digitized by Google

ten Verzichte beruht, folglich nur solche Mängel eines Titels durch Verjährung formirt werden können, auf welche die Interessenten zu verzichten im Stande sind.

Tresurt.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Ueber die Anwendbarkeit des §. 248 der P.O. bei Liquidationsklagen.

Zwei Rechtsfälle — verschieden beurtheilt.

Erster Fall.

Die Gemeinde A. kaufte in ihrer Gemarkung den großen Zehnten los und subrepartirte das Ablösungskapital auf die einzelnen zehntpflichtig gewesenen Güter.

Bei der Schuldenliquidation eines in Gant erkannten Güterbesitzers meldete der Ortsvorstand in einer schriftlichen Eingabe dem Amte M.:

„Eridar schulde in die Zehntkasse der Gemeinde ein Zehntablösungskapital von 252 fl. 19 kr. und Zins vom 1. Jan. 1837, was er zu berücksichtigen bitte."

Diese schriftliche Anmeldung wurde nachträglich in das Liquidationsprotokoll aufgenommen und von den Massevertretern sowohl die Richtigkeit der Anforderung, als auch ihre Qualität als Zehntablösungskapital anerkannt.

Später legte der Ortsvorstand dem Amte noch eine, von dem Steuerperäquatore gefertigte Repartition der Anforderung auf die einzelnen, in der Masse befindlichen Grundstücke vor, ohne ein weiteres Gesuch zu stellen.

Der Unterrichter, sich lediglich auf den §. 895 der P.O. beziehend, setzte diese Anforderung im Garturtheil in die V. Ordnung.

In der Berufungsinstanz gründete der appellantische Anwalt seine Beschwerde vorzüglich auf folgende Sätze:

1) Den Zehntablösungskapitalien, die durch das Gesetz von 1833, Reggsbl. S. 265, ein — selbst allen sonstigen Vorzugs- und Pfandgläubigern vorgehenden — gesetzliches Vorzugsrecht auf die früher zahlbaren Liegenschaften bewilligt werden.

2) Die Forderung sei von den Massevertretern und zwar mit der Eigenschaft als Zehntablösungskapitalien anerkannt worden, welcher Umstand auch noch durch die zu den Acten gegebene Specifikation erwiesen und ihr Vorzugsrecht von dem Gläubigerausschuß dadurch anerkannt worden sei, daß bei der vorgegangenen Güterversteigerung bedungen werde: es solle das Zehntablösungskapital zum voraus aus dem Gütererlös berichtigt werden; weshalb der Unterrichter in Anwendung der Vorschrift des §. 894 der P. O. ihr die Stelle in III. Ordnung und zwar primo loco hätte anweisen sollen. Habe aber der Unterrichter die Anwendung nicht vollständig gehalten, so hätte er

3) sich in dem Falle befunden, den §. 248 der P.O. anzuwenden — da die Forderung ein Vorzugsrecht an der Stirne trage und nicht zu vermuthen sei, daß die Gemeinde auf solches verzichten wolle.

4) Jedenfalls sei dem §. 895 der P.O. eine unrichtige Anwendung gegeben worden, weil die Liquidantin gar kein Petitum hinsichtlich einer Klasse gestellt — mithin auch nicht um Location in die V. Ordnung gebeten habe.

Das großh. Hofgericht bestätigte unterm 7. Sept. 1838 Nr. 5792 II. S. das unterrichterliche Erkenntniß.

Entscheidungsgründe:

Die Beschwerde der Appellantin besteht darin, daß sie nicht mit ihrer Anforderung vor allen übrigen Gläubigern in die 3te Ordnung gesetzt worden ist.

Die Beschwerde ist jedoch in Rechten nicht gegründet: denn das Gesetz gebietet dem Gläubiger das ihm zustehende Vorzugs- oder Unterpfandsrecht zu bezeichnen und ein bestimmtes Begehren zu stellen. P.O. §. 861. Dasselbe verbietet dem Richter, einem Gläubiger eine bessere Stelle anzuweisen, als er selbst ausdrücklich verlangt hat, oder ihm nach den Gesetzen gebührt, wenn auch Niemand gegen das Begehren einer bessern Stelle eine Einwendung gemacht hat. P.O. §. 894. 895.

Daraus geht hervor, daß zur Beseitigung einer Unbestimmtheit das richterliche Fragrecht (P.O. §. 248. 350.) da nicht angewendet werden kann, wo, wie hier geschehen, in Bezug auf das Vorzugsrecht überhaupt kein Gesuch gestellt worden ist; ferner, daß die Annahme eines stillschweigenden Begehrens ganz ungesetzlich wäre, auch abgesehen davon, daß dasselbe nicht nothwendig daraus abzuleiten ist, daß die Forderung als Zehntablösungskapital bezeichnet, ein Auszug aus dem Grundsteuerzettel beigelegt wurde, und vorzugsweise Befriedigung dieser Schuld aus der Masse bei der Güterversteigerung soll zugesagt worden seyn.

Hiernach war die Anmeldungsklage mit einem wesentlichen Mangel behaftet, und dieser kann auch in zweiter Instanz nicht gehoben werden. Aus diesen Gründen ꝛc.

Zweiter Fall.

Bei der Schuldenliquidation des in Gant gerathenen J. G. H. v. H. meldete der Verrechner des ev. prot. Pfarrwittwenfiscifonds der Diöcese M. schriftlich eine Forderung, wie folgt, an:

„Eeidar schuldet in den Pfarewittwenfonds auf Obligation vom 17. März 1817 ein Kapital von 120 fl. und Zins von Martini 1836. Ich bitte, die Rechte des Fonds zu wahren und wenn die Obligation, welche in Karlsruhe liegt, nöthig fällt, so wird sie nachgetragen werden."

Liquidatischer Seits wuede die Forderung anerkannt, sofort vom Unterrichter unter Bezug auf den §. 895 der P.O. in die V. Ordnung verwiesen.

Digitized by Google

In der Berufungsinstanz, in welcher, unter Vorlage einer Abschrift der Pfandurkunde, hauptsächlich beschwerend vorgetragen wurde, daß

1) bei der Unvollständigkeit der Liquidationsklage der Unterrichter in dem Fall gewesen wäre, von dem ihm nach §. 248 der P.O. zustehenden Fragrecht Gebrauch zu machen, weil hier auf ein bestehendes Pfandrecht hingewiesen, letzteres selbst aber nicht speciell bezeichnet sei.

2) Jedenfalls die Vorschrift des §. 895 der P. O. hier nicht einschlage, da nicht um die Lokation in die V. Ordnung gebeten wurde,

hat das großh. Hofgericht unterm 2. August 1839, Nr. 5445, II. S., reformatorisch erkannt und die liquidirte Forderung in die III. Ordnung mit Einweisung auf den Erlös der Unterpfänder locirt.

Entscheidungsgründe.

Wenn gleich in der schriftlichen Anmeldung des Verrechners des Müllheimer Pfarrwittwenfiskus vom 18. Oktober v. J. das Vorzugsrecht dritter Klasse nicht mit ausdrücklichen Worten begehrt wurde, so enthält jene Anmeldung doch mehrfach die unzweideutige Absicht und die Erwartung des liquidirenden Camerariats, daß seiner mit einer Pfandurkunde gedeckten und deshalb zur vorzüglichen Befriedigung geeigneten Forderung vom Gantrichter diejenige Stelle, welche ihr nach den Gesetzen gebührt, werde angewiesen werden.

Es liegt dies ziemlich klar in den Worten, daß die Forderung auf einer Obligation vom 7. März 1817 beruhe, ferner in dem Begehren daß der Gantrichter das Interesse des Fonds wahren möge, endlich in dem Antrage, daß im Anstandsfalle die Pfandurkunde, welche in Karlsruhe deponirt war, beigebracht werden solle.

Wenn aber der Gantrichter die so beschaffene Anmeldung weder vollständig noch deutlich genug erfunden, so hätte er — weil nach §. 861 die Anmeldung in Form und Inhalt nach den Erfordernissen eines Klagvortrags einzurichten und dort zugleich auf die §§. 247 und 248 der P.O. ausdrücklich Bezug genommen ist — nach der Vorschrift eben dieses letztern Paragraphen verfahren, d. h. durch geeigneten Verbescheid die nöthige Ergänzung und beziehungsweise Verbesserung der Anmeldung veranlassen sollen.

Schon dadurch, daß dies in erster Instanz unterlassen worden, ist der appellantische Pfarrwittwenfiskus beschwert, ebenso aber auch um deswillen, weil der §. 895 angewendet wurde, der hier nicht anschlägt, weil gar kein ausdrückliches Begehren auf eine bestimmte Stelle gerichtet worden ist.

Das Versäumte ist jedoch in dieser Instanz wieder gut gemacht, da mit dem Appellationslibell eine Abschrift der Pfandurkunde vom 7. März 1817 und in beutiger Tagfahrt das von dem appellatischen Theile anerkannte Original selbst vorgelegt wurde. Aus dieser fehlerfreien öffentlichen Urkunde erhellt nun der vollständige Beweis der Richtigkeit des im Appellationslibell verbesserten thatsächlichen Vertrags, indem sich daraus ergibt, daß die liquidirte Kapitalforderung auf Darleihen sich gründet, zu dessen Sicherheit die darin bezeichneten Grundstücke verpfändet sind.

Das gestellte Begehren um Versetzung des unterpfändlich gesicherten Kapitals und der bevorzugten Zinse aus der V. in die III. Klasse ist den Gesetzen angemessen, und ebenso die Beschwerde wegen Uebergehung des von Martini 1837 laufenden Zinses nach §. 1164 der P.O. gerechtfertigt.

Es mußte daher das amtliche Gantурtheil, wie geschehen, abgeändert, und rücksichtlich der Kosten nach Vorschrift des §. 349 und mit analoger Anwendung des §. 1222 der P.O. ausgesprochen werden, daß dieselben von dem appellantischen Theile zu tragen sind.

IV.

Errungenschaft und Verrungenschaft.

Bei der Errungenschafts-Gemeinschaft kann der Fall sehr leicht vorkommen, daß statt einer Errungenschaft bei Auflösung der Ehe eine Verrungenschaft, d. h. ein geringeres Vermögen, als die beiden Ehegatten bei Eingehung der Ehe beigebracht haben, vorhanden ist. Daß in diesem Fall die Frau den Gläubigern sogar mit ihrem Einbringen — jedoch nur für die Hälfte der vorhandenen Schulden — verhaftet ist, sagt Art. 1521 a. deutlich und bestimmt. Auch ist man darüber längst einverstanden. Aber wie haben sich Mann und Frau gegen einander zu benehmen? Z. B.

Der Mann hat 2000 fl., die Frau 1000 fl. in die Ehe gebracht, es wären aber bei Auflösung der Ehe nur 1500 fl. vorhanden. In diesem Fall beträgt die Einbuße 1500 fl. Hat die Frau die Hälfte davon mit 750 fl. zu tragen, und erhält sie hiernach nur 250 fl., der Mann aber 1250 fl.? So wurde in einem Fall, der in den Oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von $18^{29}/_{30}$ pag. 24 erzählt wird, entschieden. In einem andern Falle wurde aber die Frau (gegenüber dem Mann) für schuldig erklärt, die Hälfte der vorhandenen Schulden zu tragen.

Wenn also in dem eben gewählten Beispiel 1000 fl. Schulden vorhanden gewesen waren, so hätte die Frau 500 fl. davon tragen müssen, wären 2000 fl. vorhanden gewesen, so hätte die Frau ihr ganzes Einbringen eingebüßt, der Mann aber allein die 1500 fl. erhalten.

Diese letztere Ansicht scheint ganz und gar willkührlich, und führt zu paradoxen Resultaten.

Digitized by Google

In dem erwähnten Beispiel würde die Rechtsgleichheit erfordern, daß der Mann eben so viel wie die Frau aus seinem Einbringen zur Schulden-Zahlung beitrage.

Trägt er demnach 1000 fl. bei, so würde er nur noch 1000 fl. nicht 1500 fl. zu erhalten haben. Wem sollten dann die übrigen 500 fl. zufallen?

Ich glaube, daß diese Ansicht keiner Widerlegung bedarf; wohl aber ist es wichtig und von großem Interesse, die zuerst erwähnte Meinung zu prüfen. Sie wird darauf gestützt, daß Brauer die Worte des französischen Textes:

„les dettes de chacun d'eux"

mit den Worten

„die eigenen Schulden eines Jeden"

wiedergegeben, und wie aus seinen Erläuterungen hervorgeht, durch diese Veränderung beabsichtigt habe, die Gemeinschaftsschulden von der Errungenschafts-Gemeinschaft nicht auszuschließen. Dabei wird natürlich unterstellt, diese Schulden seyen nach französischem Recht von der Gemeinschaft ausgeschlossen. Das ist aber keineswegs der Fall. Weder der Wortlaut im französischen Text deutet darauf, da die Worte les dettes de chacun d'eux die Schulden jedes Einzelnen, nicht aber die Schulden beider Ehegatten bezeichnen.

Noch ist in der Sache selbst ein Grund vorhanden, nur die errungenen Aktiven, nicht aber die gemeinschaftlich oder zu gemeinsamen Zwecken gemachte Schulden in die Gemeinschaft fallen zu lassen. Wiewohl nun Brauer durch seine Uebersetzung den französischen Text abändern wollte, so ist gleichwohl kein Unterschied vorhanden. Diese Ansicht ist auch

Zacharia in der 2ten Ausgabe seines französischen Civilrechts III. B. pag. 307 und Oberhofgerichts-Jahrbücher l. c. §. 6.

Bei der Errungenschafts-Gemeinschaft sind sowohl nach französischem wie nach badischem Recht die Gemeinschaftsschulden (dettes de la communauté) nicht von der Gemeinschaft ausgeschlossen.

vergleiche Zacharia 4te Ausgabe §. 522, not. 9.

Delaporte ad. art. 1498 Nr. 333.

Pothier T. 1. Nr 412.

Hieraus kann aber weder nach französischem noch nach badischem Recht gefolgert werden, daß der Frau bei dieser Güter-Gemeinschaft eine andere Art der Haftbarkeit für Gemeinschaftsschulden obliegt, als bei den übrigen Gemeinschafts-Arten. Insbesondere werden die Bestimmungen über die Gemeinschaftsschulden bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft auch hier maaßgebend seyn, insoweit nicht für die Errungenschafts-Gemeinschaft eine Abänderung gemacht ist. Art. 1528.

Die Verfügung des Art. 1521 a. bezieht sich auf die Haftbarkeit der Frau den Gläubigern gegenüber, reflectirt daher bei unserer Frage nicht. Das ältere badische Recht (Landrecht der Markgrafschaft Baden Theil VI. Titel 12.) woraus Brauer den Art 1521 a entlehnte, kann nicht weiter maßgebend seyn, als es in das neue Recht übergegangen ist, Art. 1390 mithin nur so weit, als es sich von Befriedigung der Gläubiger handelt. Ueber die zwischen Mann und Frau zu pflegende Abrechnung bei der Errungenschafts-Gemeinschaft entscheiden einzig und allein die Art 1482 und folgende.

Es fallen demgemäß die Gemeinschaftsschulden zur Hälfte auf den Mann, zur Hälfte auf die Frau Art. 1482, jedoch ist nach Art. 1483 die Frau zur Tilgung der Gemeinschaftsschulden weiter nicht verbunden, als ihr Theil an der Gemeinschaft reicht (que jusqu'à concurrence de son émolument) d. h. zu mehr nicht, als sie aus der Gemeinschaft zu empfangen hat.

vergleiche Zachariä franz. Civilrecht 4te Ausgabe §. 520, (mulier non ultra vires communionis tenetur).

Wenn nun nach Art. 1521 a. die Frau von den Gläubigern wegen Gemeinschaftsschulden angegriffen wurde, so steht ihr nach Art. 1486, 1489 und 1490 der Rückangriff auf ihren Mann zu.

vergleiche Teefurt. System des bad. Civil-Rechts ad §. 430 (pag. 378).

Archiv 3ter Band pag. 462.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher 1833 pag. 300.

Demnach kann die aufgeworfene Frage nur dahin beantwortet werden, daß die Frau wohl den Gläubigern nicht aber dem Manne mit ihrem Einbringen für Zahlung der Schulden haftet. Der Mann hat daher die Einbuße der Vereungenschaft allein zu tragen; die Frau nimmt ihr ganzes Einbringen bei Aufhebung dieser Gemeinschaft zurück.

vergleiche Annalen 1836 pag. 294—296.

vergleiche Annalen 1837 pag. 205—208.

Dergleichen Ansicht scheint auch Brauer ad Art. 1521 a pag. 411 zu seyn, da er sagt:

„die Errungenschaftsgemeinschaft bewirkt Theilnahme an den errungenen Schulden, bei der Frau aber nur bis zur Belegung des Antheils, den sie an der Gemeinschaft hat."

Diese Worte könnten freilich auch anders verstanden werden, nämlich dahin, daß die Frau nach ihrem Anthel an der Gemeinschaft, d. i. zur Hälfte für die Schulden der Gemeinschaft haste. Da aber Brauer die Worte des französischen Textes in Art. 1483:

jusqu'à concurrence de son émolument

mit den Worten

„so weit ihr Theil an der Gemeinschaft reicht"

wieder gegeben hat, und unter diesen Worten nach der all-

Digitized by Google

gemeinen Meinung „das Vermögen, das sie aus der Gemeinschaft erhält, nicht aber ihr ideeller Antheil an der Gemeinschaft" verstanden wird, so dürfte auch den obenangeführten Worten Brauer's die gleiche Bedeutung unterlegt werden müssen. Die hier vertheidigte Ansicht stimmt sowohl mit dem Geiste des französischen Gesetzes, wie mit den für alle Gemeinschaftsarten gegebenen Vorschriften überein.

Der Art. 1498 verordnet in dem Absatz 2, daß bei der Theilung jedes Ehegatte zuvor sein Beibringen und dann die Hälfte der Errungenschaft erhält.

Dies ist der allgemeine Grundsatz; die Regeln über die Theilung der gesetzlichen Gemeinschaft sind dadurch einigermaßen modificiet; z. B. darin, daß auch die eingebrachten Mobilien von den Ehegatten im Voraus zurückgenommen werden. Wo aber dieser Grundsatz keine Modifikation der Art. 1468 und folgende nothwendig macht, müssen die hier aufgestellten Regeln gelten. Art. 1528.

Demnach geht die Frau bei Rücknahme ihres Beibringens dem Manne vor. Art. 1471.

Sie kann wegen ihres Beibringens sogar auf das eigene Vermögen des Mannes greifen. Art. 1472.

Hieraus folgt nothwendig, daß die Einbuße zunächst dem Mann, und so weit dessen Vermögen reicht, zur Last fällt. Es kann freilich hiebei davon keine Rede seyn, daß die Frau nicht ihre eigene Schulden aus ihrem Beibringen bezahlen müßte, oder davon, daß der Mann, welcher Schulden der Frau aus seinem Vermögen oder aus dem Vermögen der Gemeinschaft bezahlt hat, dafür keinen Rückgriff auf die Frau haben sollte.

Vergleiche Art. 1490 Abschn. 2.

Hier ist allein davon die Rede, wie es gehalten werden soll, wenn das bei der Abtheilung vorhandene Vermögen nicht zureicht, das Einbringen beider Ehegatten abzüglich ihrer eigenen Schulden zu decken.

In diesem Fall erhält zuerst die Frau ihr Beibringen. Kann hienach des Mannes Beibringen nicht gedeckt werden, so trägt er allein den Verlust. Sehr natürlich. Das Gesetz macht den Mann zum Verwalter sowohl des gemeinschaftlichen, wie auch des der Frau eigenthümlichen Vermögens.

Art. 1421 und 1428. War die Verwaltung schlecht, so muß er zunächst die Folge davon tragen. Man kann sagen, der Verwalter sei nicht immer Schuld an der Vermögensverringerung, es können unglückliche Zufälle eingetreten seyn u. s. w. In diesem Falle verlangt es wohl die Billigkeit, daß die Frau, welche Antheil am Gewinn haben würde, auch einen Theil des Verlustes tragen helfe. Der Gesetzgeber scheint jedoch darum vermieden zu haben, diese Ausnahme festzustellen, weil dieses eine höchst schwierige Untersuchung über die Ursachen der Vermögensverringerung herbeigeführt haben würde, welche in den meisten Fällen, wo sie erst nach einer Reihe von Jahren angestellt werden kann, zu keinem gerechten Resultat geführt haben würde.

Der Gesetzgeber hat demnach für alle Arten der Gemeinschaft die Regel festgestellt, daß die Frau für Gemeinschaftsschulden nur bis zum Belauf dessen, was sie aus der Gemeinschaft erhalten hat, zu haften habe, und die Doktrin kann bei der Errungenschaftsgemeinschaft um so weniger eine Ausnahme machen, als ja auch bei der gesetzlichen Gemeinschaft die Errungenschaft beider Ehegatten, mithin der Frau ebenfalls zur Hälfte zufällt.

Dr. Ladenburg.

V.

Das Bürgerrecht der Kinder der Staatsdiener.

Das Gesetz über die Rechte der Gemeindebürger spricht hierüber in §. 55:

„Die Kinder der Staatsdiener haben in der Gemeinde das angeborene Bürgerrecht, wo ihr Vater angestellt ist, oder angestellt war" ꝛc.

Das letztere Wort nur ist hier Gegenstand der Betrachtung, indem verschiedenartig schon gedrutet; nemlich:

Das Kind hätte das angeborene Bürgerrecht da, wo der Vater angestellt war:

1) zur Zeit seiner Gebuet, oder

2) in jeder Gemeinde, wo derselbe je angestellt war, oder

3) wo er zuletzt angestellt wae.

Das letztere nimmt der Verfasser der Erläuterungen zur Gemeinde-Ordnung. Karlsruhe 1832. 2te Aufl. S. 163. ohne Weiteres an, jedoch ohne alles Fundament.

Wann solche Ansicht keineswegs einige Autorität hat, so zeigt sie doch die Zweifelhaftigkeit des Satzes.

Mehr dürfte vielleicht noch die Ansicht ad 1. für sich haben.

Aber gleich der folgende Satz 56 möchte die Sache klar machen, und dürfte jeden Zweifel heben; denn dieser besagt:

„War der Vater, welcher angebornes Bürgerrecht hatte *), in mehreren Gemeinden angestellt, so verliert das Kind durch die Niederlassung in eine dieser Gemeinden das Recht, sein angebornes Bürgerrecht in der andern anzutreten.

Hierin liegt also klar, daß nicht der letzte Anstellungs-

*) Durch einen Druckfehler ist im Abdruck des Gesetzes im Reg.-Bl. v. 1832 vor „angebornes Bürgerrecht" das „kein" weggelassen, indem es heißen sollte:

„War der Vater, welcher kein angebornes Bürgerrecht hatte, in verschiedenen Gemeinden angestellt, so ꝛc."

Nur wenn der Vater nicht anderwärts selbst ein angebornes Bürgerrecht angetreten hat, kann die Verfügung des §. 56 Platz greifen, indem nur für diesen Fall seinen Kindern im §. 55 ein angeborenes Bürgerrecht im Anstellungsort eingeräumt ist.

D. R.

Digitized by Google

ort des Vaters, noch der zur Zeit der Geburt das Bürgerrecht gebe, sondern, daß das Kind wählen könne.

Da schon offizielle Stellen sich verschiedenartig hierüber ausgesprochen haben, so dürfte das Erforderniß einer authentischen Interpretation so mehr motivirt seyn.

Anm. der Red. Wenn es, wie der Herr Einsender dieses Aufsatzes selbst anerkennt, aus dem §. 56 des Bürgerrechtsgesetzes ganz klar hervorgeht, daß nur die oben unter Nr. 2 angeführte Meinung die richtige sei, so liegt wohl kein Grund zu einer authentischen Interprätation vor, wenn gleich schon da oder dort selbst eine öffentliche Behörde eine andere Ansicht ausgesprochen haben sollte.

Die Absicht des Gesetzes, wie sie auch aus den Diskussionen in der zweiten Kammer von 1831 hervorgeht, ist durch den Wortlaut des Gesetzes entschieden dahin ausgedrückt, daß den Kindern der Staatsdiener ein angebornes Bürgerrecht an den verschiedenen Anstellungsorten zukomme, und daß sie erst dann, wenn sie sich in einer Gemeinde niederlassen, eben dadurch ihre Bürgerrechtsansprüche in den andern Gemeinden verlieren.

Schon der §. 55 erkennt den Kindern der Staatsdiener das Bürgerrecht in der Gemeinde zu, in welcher der Vater angestellt ist, oder angestellt war. Es ist dabei, wenn er in verschiedenen Gemeinden nach einander angestellt war, unter diesen verschiedenen Gemeinden kein Unterschied gemacht, es ist weder gesagt: wo er zur Zeit der Geburt des Kindes angestellt war, — noch: wo er zuletzt angestellt war, — sondern überhaupt: wo er angestellt war.

Wäre aber irgend ein Zweifel denkbar, so müßte er bei Betrachtung des §. 56 verschwinden, wo speciell von dem Falle gehandelt wird, daß der Vater an verschiedenen Orten angestellt war, und wobei ausdrücklich anerkannt ist, daß das Kind in allen diesrn Orten das angeborene Bürgerrecht habe, indem es dasselbe erst dadurch, daß es den einen Anstellungsort zu seiner Niederlassung wählt, an den andern Orten verlieren soll.

D. Red.

Anzeige.

Wir freuen uns, durch ein Anerbieten von Mitarbeitern — insbesondere des Herrn Oberhofgerichtsraths Treffurt und des Herrn Hofgerichtsraths Sommer, — in den Stand gesetzt zu seyn, künftig in gesonderter Reihenfolge alle Entscheidungen des Pariser Cassationshofs, welche aus dem Code civil geschöpft sind, (wie auch die interessantesten der französischen Appellationshöfe) wie solche im recueil general von Sirey vom 1. Januar 1839 an enthalten sind, den Lesern der Annalen mittheilen zu können.

Wir wählen gerade diesen Zeitabschnitt, weil bis zu demselben dieser wichtigste Theil der französischen Rechtsliteratur in der neuesten Auflage von Zacharias Handbuch bearbeitet wurde, es also, da eine fernere Auflage dieses Handbuchs sobald nicht zu erwarten seyn dürfte, für den badischen Juristen von besonderem Interesse seyn muß, von da an fortwährend in unmittelbare Berührung mit der Hauptquelle der Fortbildung des französischen Civilrechts zu treten.

Die Redaktion.

Die hier angekündigten Urtheile französischer Gerichtshöfe werden wir in einem alle 14 Tage erscheinendes Beiblatte liefern. Dasselbe wird regelmäßig in einem halben Druckbogen bestehen und mit dem achten Jahrgange der Annalen, 1840, beginnen.

Es ist natürlich, daß wir hierdurch genöthigt sind, den Preis der Annalen, welche bisher durch die Post bezogen halbjährig fl. 2. 15 kr. kosteten, um ein Geringes zu erhöhen und es werden dieselben somit vom kommenden Jahr an bei allen Postämtern und in allen Buchhandlungen des Großherzogsthums fl. 2. 30 kr. per Semester kosten, wobei jedoch keine weitere Aufrechnung von Postgebühr Statt findet. Für diejenigen, welche das Beiblatt ohne die Annalen beziehen wollen, setzen wir den Preis desselben, inclusive Postgebühr auf fl. 1. 48 kr. per Jahr fest.

☞ Damit bei den seitherigen verehrlichen Abonnenten auf diese Zeitschrift keine Unterbrechung in dem wöchentlichen Empfange eintritt, machen wir dieselben darauf aufmerksam; daß das 1ste Semester des k. J. bei allen Postämtern neu bestellt werden muß, und bitten diese Bestellung recht bald zu machen.

Die Verlagshandlung.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. T. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe den 21. December 1839.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

1) Hat der Depositar, welcher das bei ihm baar hinterlegte Geld verbrauchte, dem Deponenten Zinsen davon zu entrichten? Auslegung des Landrechtssatzes 1936.

2) Verjährt die Pachtminderungsklage des L.R.S. 1765 in einem Jahr oder in dreißig Jahren? Auslegung dieser Gesetzesstelle.

1) Urtheil des Bezirksamts Bretten vom 2. Mai 1838.

In Sachen des Müllermeisters Martin H. zu B., Klägers, gegen den Müllermeister Matthäus St. von da, Beklagten, Forderung betreffend, wird zu Recht erkannt: die Klage des Müllermeisters M. G. mit der Bitte, den Müller M. St. zur Zahlung

a) der Zinsen aus den von der Caution ad 800 fl. an Jung Jakob D. zu B. ausgeliehenen 450 fl. vom 11. November 1828 bis dahin 1835 à 5 Proz. mit 157 fl. 30 kr.;

b) der Zinsen aus der bei demselben hinterlegten und von ihm benützten Caution ad 800 fl. von Martini 1825 bis Martini 1828 à 5 Proz. mit 120 fl.;

c) der Zinsen der benützten Cautionssumme ad 350 fl. von Martini 1828 bis dahin 1835 à 5 Prozent mit 122 fl. 30 kr.;

d) der Entschädigungszinsen aus diesen Zinsen; so wie endlich

e) zur Zahlung der Forderung wegen zur Ungebühr als Pachtzins abgegebener Früchte und geleisteter Zahlungen,

anzuhalten, sei unter Verfällung des Klägers in die Kosten dieses Rechtsstreites lediglich abzuweisen. V. R. W.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien haben im Jahr 1825 einen Pachtvertrag für 12 Jahre mit einander abgeschlossen, gemäß welchem der Pächter Martin H. für den Morgen Wiesen 12 fl., für den Morgen Ackerland im Winterfeld 4 Malter Spelz, und für das Haferfeld per Morgen 3 Malter Hafer Pachtzins alljährlich zu entrichten hatte, und dem Verpächter Matthäus St. eine Caution von 800 fl. in baarem Gelde hinterlegte. Im Jahre 1835 ließ Pächter H. die Bestandgüter vermessen, und diese Vermessung führte ihn zur Ueberzeugung, daß er das vom Verpächter beim Abschlusse des Vertrags angegebene Gütermaß nicht besitze; auch brachte er in Erfahrung, daß der Verpächter die Caution immerwährend benützt und namentlich 450 fl. davon am 11. November 1828 an Jakob D. in B. zu 5 Prozent verzinslich ausgeliehen habe. Der Pächter, der für das vom Verpächter angegebene Gütermaß bis dahin den vertragsmäßigen Pachtzins alle Jahre bezahlt hatte, ist der Ansicht, daß er wegen des Mindermaßes verhältnißmäßige Herabsetzung des Pachtzinses fordern könne, und daß der Verpächter auch von der Caution, die er benützt hat, ihm die Zinsen bezahlen müsse, und klagte deshalb dahin, daß St. angehalten werde, ihm die Caution ad 800 fl. mit 5 Prozent von 1825 an bis 1835 und bis zum Tage der Rückzahlung zu verzinsen, auch von diesen Zinsen Entschädigungszinsen zu bezahlen, ferner die Zahlungen in Früchten und Geld, welche er wegen des Mindermaßes nicht schuldig gewesen, zurückzuerstatten. Diese Klage ist nun nicht begründet. Denn

zu 1) sagt der L.R.S. 1938 ausdrücklich, daß von dem hinterlegten Gelde keine Zinsen zu bezahlen sind, außer von dem Tage an, da man wegen der Zurückgabe in Verzug gesetzt ist. Der L.R.S. 1996 scheint zwar eine andere Bestimmung zu enthalten; allein in dieser Gesetzesstelle ist nur vom Gewalthaber die Rede, und in Bezug auf diesen ist es ganz natürlich, daß er Zinsen von dem ihm anvertrauten Gelde bezahlen muß, wenn er dasselbe in seinen Nutzen verwendet, indem er dadurch solches seiner Bestimmung, wornach damit für den Gewalthaber Geschäfte gemacht werden müssen, entzogen hat. Anders ist es, wenn das Geld blos hinterlegt wurde; in diesem Falle ist dasselbe nicht zu verwenden, und der Depositar hat gar keine andere Verbindlichkeit

Digitized by Google

als dasselbe, wenn der Termin eintritt, wieder zurückzugeben. Im L.R.S. 1932 ist vorgeschrieben, daß der Aufbewahrer die nämliche Sache, die er erhalten, zurückzugeben habe, also auch hinterlegtes Geld in den gleichen Münzsorten zurückzuerstatten sei. Daraus läßt sich nicht folgern, daß das anvertraute Geld nicht verbraucht werden dürfe, dasselbe kann ja ausgegeben werden, und dennoch ist die Rückgabe in den gleichen Münzsorten zu bewirken. Ein ausdrückliches Verbot, anvertrautes Geld zu verbrauchen, oder ein Landrechtssatz, woraus dasselbe argumentirt werden könnte, existirt nicht, und die Zinsenforderung, darauf gestützt, ist daher unbegründet. Der Kläger fußt sich mit seiner Klage freilich ganz besonders auf die Bestimmung im L.R.S. 1936, wonach die Früchte einer hinterlegten Sache ersetzt werden müssen. Allein in demselben Landrechtssatz ist ja auch gesagt, daß das hinterlegte Geld nicht zu verzinsen ist; zwischen Früchte tragenden Sachen und Geld ist daher zu unterscheiden; nur von erstern muß der Ertrag ersetzt werden, nicht aber vom Geld. Man kann nicht einwenden, daß diese Gesetzesstelle nur davon rede, so lange das Geld hinterlegt und nicht nutzbringend angelegt sei; denn dies versteht sich ja von selbst, daß der Depositar von bei ihm hinterlegtem Geld Zinsen nicht zu bezahlen hat, solang er solches nicht benützt, da er in dem Falle keine andere Verbindlichkeit hat, als dasselbe zurückzugeben, und dies also nicht noch besonders gesagt zu werden braucht. Es ist hiernach klar, daß die Klage in Bezug auf die Forderung von Zinsen aus der Caution nicht begründet ist; aber eben daraus ergibt sich auch die Unbegründetheit der Entschädigungszinsenforderung, da diese die Statthaftigkeit der Zinsenforderung überhaupt voraussetzt.

Zu 2) Es ist kein Zweifel, daß der Kläger nach dem L.R.S. 1765 und 1617 verhältnißmäßige Minderung des Pachtzinses verlangen kann, denn der Pachtvertrag ist offenbar nach einem auf das Maß bedungenen Pachtzins abgeschlossen, und zwar kann er dies fordern, ohne daß die im L. R. S. 1376 enthaltenen Voraussetzungen vorhanden sind, so wie nur das Mindermaß außer Zweifel gestellt ist. Allein die Forderung des Klägers ist nicht darauf gerichtet, den Pachtzins nach Verhältniß des fehlenden Maaßes herabzusetzen; denn in diesem Falle müßte das Klagbegehren den Antrag auf Herabsetzung des künftig noch zu bezahlenden Pachtzinses enthalten; sondern der Kläger verlangt, daß ihm nach Verhältniß des fehlenden Gütermaßes Rückerstattungen von dem bezahlten Pachtzins gemacht werden. Eine solche Forderung ist aber nur entweder eine Entschädigungsforderung wegen nicht erfüllten Vertrags, oder aber eine Forderung, gegründet auf den L.R.S. 1376. Allein von einem indebitum im Sinne dieses Satzes kann hier keine Rede seyn, es liegt ja ein Vertrag vor, aus dem das debitum abfließt. Eine Entschädigungsforderung wegen nicht erfüllten Vertrags ist sie aber deshalb nicht, weil diese eine in Verzugsetzung voraussetzt, und daß Beklagter wegen Uebergabe des vertragsmäßigen Flächengehalts in Verzug gesetzt worden, nicht behauptet wurde. Daß aber ohne die in Verzugsetzung nur mit Bezug auf die Sätze 1765 und 1617 die Entschädigung in Anspruch genommen werden könne, läßt sich deshalb nicht annehmen, weil man dem Gesetze nicht unterstellen darf, daß dasselbe ein gleiches Recht, welches in der Lehre von den Entschädigungen wegen nicht erfüllten Vertrags anerkannt worden, dem Kläger in diesen Sätzen wieder habe einräumen wollen, man vielmehr vermuthen muß, daß diese Gesetzesstellen nur für jene Fälle gegeben sind, in welcher der Kläger sonst keinen Weg hat, vermittelst welchem er den Schaden, der ihm sonst aus dem Vertrag erwachsen, hätte abwenden können, also hier für die Minderung des Pachtzinses, der in den kommenden Pachtjahren noch zu bezahlen ist. Es geht hieraus hervor, daß auch die Forderung des Klägers unter 2., gegen welche übrigens der Beklagte auch den L.R.S. 1622 hätte anrufen können, nicht begründet ist, und deshalb mußte er mit der Klage abgewiesen und in die Kosten verfällt werden.

2) Das Hofgericht des Mittelrheinkreises änderte diesen Bescheid durch Urtheil vom 20. August 1838 dahin ab:

1) daß der Beklagte schuldig sei, binnen 4 Wochen, bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung, an den Kläger die aus dem klägerischen Cautionskapital von 800 fl. von Martini 1825 bis Martini 1835 bezogenen Nuzzungen im Betrag von Vierhundert Gulden nebst 5 Prozent Zinsen vom 30. März 1836 an zu zahlen; daß ferner
2) der Beklagte von dem in den Jahren 1825 bis 1835 bezogenen Pachtschilling diejenige durch besondere Liquidation zu erhebende und ebenfalls vom 30. März 1836 an mit 5 Prozent zu verzinsende Summe an den Kläger rückzuerstatten habe, welche als zuviel bezahlt erscheint, wenn man der Berechnung der vertragsmäßigen Pachtschillingsschuldigkeit des Klägers die vom Geometer Schmidt im Jahr 1837 vorgenommene neue Vermessung der Pachtgüter, einschließlich der dazu gehörigen Wege und Raine, zu Grunde legt;
3) und daß endlich der Kläger mit seiner Mehrforderung an Entschädigungs- beziehungsweise Verzugs-Zinsen abzuweisen und in $^1/_6$, der Beklagte dagegen in $^5/_6$ der Kosten beider Instanzen zu verfällen sei.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger hatte

Digitized by Google

I. als Pächter einer dem Beklagten gehörigen Mühle nebst dazu gehörigen Güter nach Maßgabe des Pachtvertrags für die Dauer der Pachtzeit eine Caution von 800 fl. zu stellen und solche auch wirklich in baarem Gelde bei dem Beklagten hinterlegt, und verlangt jetzt, weil der Beklagte während der Pachtzeit ohne Einwilligung des Klägers das Cautionskapital zu seinem Vortheile benutzt habe, die von Martini 1825 bis 1835 durch den Beklagten aus dem Cautionskapital bezogenen Früchte und Zinsen erstattet, nebst Entschädigungszinsen aus diesem ungebührlich bezogenen Genuß vom Tage des Bezugs an.

Die behauptete Thatsache der Benutzung des fraglichen Cautionskapitals ist von Seiten des Beklagten ausdrücklich dahin zugestanden:

„daß er die Caution zu seinem Vortheil benutzt, und insbesondere zum Handel und zur Abtragung verzinslicher Schulden verwendet habe, und zwar von 1825 bis 1828; daß er ferner unter dem 10. November 1828 450 fl. davon zu 5 Prozent verzinslich ausgeliehen, und seither alljährlich die Zinsen davon eingenommen, die übrigen 350 fl. aber im Handel umgesetzt habe."

Da nun in dem Pachtvertrage dem Beklagten kein Recht auf die Benutzung des Cautionskapitals eingeräumt worden ist, es auch keineswegs in der Absicht der Contrahenten gelegen seyn kann, dem Verpächter dafür, daß er dem Kläger die Benützung der Mühle und der Güter pachtweise übergab, einen größern Bezug als den stipulirten Pachtzins zu verschaffen: so folgt schon aus der Natur des vorliegenden Pachtverhältnisses und der damit in Verbindung stehenden Sicherheitsleistung des Klägers, daß der Beklagte die Früchte ausfolgen muß, welche er aus dem als Caution und nicht zur Benutzung übergebenen Eigenthum des Klägers bezogen hat.

Der Beklagte beruft sich behufs der Entledigung dieser Verbindlichkeit vergeblich auf die Vorschrift des L.R.S. 1936, wornach von hinterlegtem Gelde keine Zinsen zu bezahlen seien, so lange kein Verzug der Rückgabe vorhanden sei. Denn diese Vorschrift des L.R.S. 1936 setzt mit Hinsicht auf L.R.S. 1930 voraus, daß das deponirte Geld nicht gebraucht, aus ihm also keine Frucht bezogen wurde, und also auch nicht ersetzt werden kann. Ist aber das deponirte Geld in eine Früchte tragende Sache verwandelt worden, so muß der Depositar nach dem ersten Satze des L.R.S. 1936 die bezogenen Früchte dem Deponenten ersetzen.

Diese, von namhaften Autoritäten:

Duranton, Fortsetzung Toulliers, Brüsseler Ausgabe von 1834. X. S. 16. Nr. 53.

Pailliet, Maleville, Delvincourt, Brauer } ad Art. 1936.

Zachariä 3te Ausgabe II. S. 413.

aufgestellte Ansicht folgt auch aus der Vergleichung der Landrechtsätze 1996, 1846, und 2081 mit 1936, da für die Hinterlegung gleicher Grund und Zweck des Gesetzes vorliegt, wie für die Fälle der L.R.S. 1996, 1846 und 2081. (L.R.S. 4a.)

In Erwägung dessen, so wie

in Anbetracht, daß in der Klage nur die von Martini 1825 bis 1835 vom Beklagten aus dem Cautionskapital bezogenen Früchte gefordert werden, und diese nach Ansicht des L.R.S. 1153 und nach der eigenen, vom Kläger unter Zugrundlegung der vom Beklagten zugestandenen Thatsachen aufgestellten Berechnung zusammen die Summe von 400 fl. betragen, und

in endlicher Erwägung, daß die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung des L.R.S. 2277 nicht Platz greifen kann, weil es sich nicht von terminlichen (in Zielern zahlbaren) und für sich bestehenden Zinszahlungen, sondern von der Herausgabe unrechtmäßig bezogener Früchte handelt,

mußte der Beklagte zur Zahlung der eingeklagten 400 fl. nebst 5 Prozent Verzugszinsen vom Tage der auf die Klage erfolgten Ladung an verurtheilt werden.

Es betrifft nun aber auch

II. ein weiterer Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits den vom Beklagten von 1825 bis 1835 zuviel bezahlten Pachtschilling.

Nach dem Pachtvertrage ist nämlich der Kläger folgenden Pachtschilling von den Aeckern und Wiesen zu zahlen schuldig:

„von den Wiesen per Morgen jährlich 12 Gulden,
„von den Aeckern im Winterfeld per Morgen 4 Malter Spelz
„und im Haberfeld per Morgen 3 Malter Haser."

Der Kläger behauptet nun, daß er von 1825 bis 1835 mehr Pachtzins an den Beklagten bezahlt habe, als er nach dem Pachtvertrage selbst, welcher von dem Umfange der gepachteten Güter gar nichts enthält, zu zahlen schuldig gewesen wäre, und diese Mehrzahlung sei erfolgt, weil der Beklagte nach bereits abgeschlossenem Vertrage ihm, dem Kläger, das Flächenmaß unrichtig angegebn, und er sofort nach dieser unrichtigen Angabe den zu zahlenden Pachtschilling berechnet und also aus Irrthum einen größeren Pachtzins bezahlt hätte, als er nach dem Vertrage selbst zu zahlen schuldig gewesen sei.

Das von dem Kläger behauptete Quantum des den ge-

Digitized by Google

schehenen Pachtzinszahlungen zu Grunde gelegten Maßes der Aecker und Wiesen ist von dem Beklagten nicht bestritten; und durch die im Laufe des Rechtsstreits vorgenommene Expertise und neue Vermessung hat sich herausgestellt, daß der wirkliche Flächenraum der verpachteten Wiesen und Aecker, welchem übrigens auch die zu den Gütern gehörigen Wege und Raine beizuschlagen sind, weil diese Theile der Güter bilden und im Pachtvertrage nicht besonders ausgeschieden sind, — geringer ist, als derjenige, welcher der Berechnung der bereits geschehenen Pachtschillingszahlungen zu Grunde liegt; woraus denn allerdings folgt, daß der Kläger irrthümlich mehr Pachtzins an den Beklagten entrichtete, als er nach dem Pachtvertrage schuldig war; und daher ist auch nach L.R.S. 1376 (conf. L.R.S. 1235) das klägerische Begehren auf Rückersatz der irrthümlich erfolgten Zuvielzahlung bestens begründet. Weil aber der Kläger nach seiner eigenen Erläuterung in der Eingabe vom 4. Januar 1838 seine Klage nur auf den obwaltenden Irrthum und nicht auch auf die wissentliche Annahme ungebührlicher Zahlungen von Seiten des Beklagten begründet wissen will, können die gefoderten Entschädigungs- beziehungsweise Verzugs-Zinsen aus der Summe, welche der Beklagte rückerstatten muß, nicht nach L.R.S. 1378, sondern nur nach Maßgabe des L.R.S. 1139 laufen.

In Erwägung alles dessen, und weil der Kläger jedenfalls eine zu große Entschädigungs- beziehungsweise Verzugszinsenforderung aufgestellt, also nach P.O. §. 170 einen verhältnißmäßigen Theil der Kosten zu tragen hat, wurde, wie geschehen, erkannt.

3) Abweichendes Votum.

Zu 1) des hofgerichtlichen Urtheils.

Ich halte die von der Majorität beliebte Auslegung des L.R.S. 1936 nicht für die richtige.

Diese Gesetzesstelle handelt ganz besonders und ausschließlich von dem Früchtegenuß der hinterlegten Sache. Es wird als Regel festgesetzt, daß der Aufbewahrer die genossenen Früchte ersetzen müsse, zugleich aber die Ausnahme hinzugefügt, daß diese Pflicht bei (baarem) Gelde nur dann eintreten soll, wenn er in mora versirt. Die Majorität hat einen weitern Fall hinzugefügt, nämlich wenn der Depositar das Geld benützte. Allein davon steht nichts im Gesetze, sondern dieses schließt, indem es die Zinspflicht auf den einzigen Fall der mora beschränkt, alle übrigen aus.

Man sagt, der L.R.S. 1936 setze voraus, daß das deponiete Geld nicht gebraucht, aus ihm also keine Früchte bezogen worden seien; und man beruft sich hiebei auf L.R.S. 1930.

Allein die angebliche Voraussetzung besteht nicht. Denn das Gesetz handelt gerade vom Früchtebezug, es gebietet dem Aufbewahrer, sie zu ersetzen, macht aber beim Geld eine Ausnahme. Welchen Zweck sollte denn sonst der zweite Satz „von dem ꝛc. Geld zahlt er keine Zinsen" haben? Daß der Depositar von dem hinterlegten Gelde dann keine Zinsen zu ersetzen habe, wenn es keine getragen, wenn er das Geld nicht gebraucht hat, verstand sich von selbst. Denn die Hinterlegung ist ihrem Wesen nach ein unentgeldlicher Vertrag. L.R.S. 1917. Dazu hätte man einer weitern Verfügung des Gesetzes überall nicht bedurft. Es muß also die Gesetzesstelle von dem Fall sprechen, wo das Geld (bürgerliche) Früchte getragen, das heißt, wo der Aufbewahrer es benützt hat; denn dies ist der einzig mögliche Fall, wo das Geld Früchte tragen kann. Nach der gegentheiligen Auslegung sagt der zweite Absatz nichts weiter, als: „Wo es nicht möglich ist, daß das hinterlegte Geld Zinsen trägt, braucht der Aufbewahrer auch keine zu ersetzen; sonst aber immer".

Der L.R.S. 1930 steht meiner Ansicht nicht entgegen. Er spricht nur die Regel aus, daß die deponirte Sache nicht gebraucht werden dürfe. Der L.R.S. 1936 enthält aber die Ausnahme, beim baaren Gelde.

In der That wäre auch nicht abzusehen, warum der Aufbewahrer nicht befugt seyn sollte, auf seine Gefahr das bei ihm hinterlegte Geld auszuleihen und die Zinsen zu beziehen, wobei er aber auch die etwaigen Verluste am Capital zu leiden hat. Das römische Recht*) erlaubt es ihm. Wäre die Ansicht der Majorität die richtige, so würde die Folge nur die seyn, daß jeder Aufbewahrer baaren Geldes sich hüten würde, dasselbe auf Zinsen auszuleihen und sich den Gefahren des Verlustes, der in jedem Fall ihm allein bliebe, auszusetzen. Der Hinterleger hätte hievon eben so wenig Vortheil, als im entgegengesetzten Fall.

Der Autorität des römischen Rechts setzt die Majorität eine Menge Schriftsteller des französischen entgegen. Allein wie willkürlich und schwankend diese Auslegen in ihren Ansichten sind, davon wird man sich überzeugen, wenn man bedenkt, daß sie wieder alle unter sich uneinig sind. Während Brauer**) dem Aufbewahrer, welcher das Geld verzehrt hat, ohne Unterschied, ob dieß mit oder ohne Erlaubniß des Hinterlegers geschah, die Zinspflicht auflegt, will Zachariä***) ihm diese Verbindlichkeit nur dann zumuthen, wenn er das Geld ohne die ausdrückliche oder die vermuthbare Einwilligung des Deponenten verbraucht hat. Maleville und Delvincourt †)

*) Thibaut, Pandectensystem §. 892.

**) Erläuterungen 3. Bd. S. 682.

***) 3te Auflage, 2. Bd. S. 413. und auch wieder in der 4ten Auflage 2. Bd. S. 494.

†) ad art. 1936.

Digitized by Google

aber halten ihn schon dann für zinspflichtig, wenn er das Geld ohne ausdeückliche Bewilligung benützte. Alle diese Scheiftsteller können sich nue auf Rechtsähnlichkeiten beziehen, welche aber — nach meinem Dafüehalten — dem klaeen Ausspeucke des Gesetzes nicht entgegengehalten werden können. Ohnedem sind alle Zinsen nur entweder bedungen, oder gesetzlich. L.R.S. 1907. Analogieen genügen nicht.

Zu 2. des hofgerichtlichen Uetheils:

Auch hiee bin ich abweichender Meinung. Ich halte diese (zweite) Klage lediglich für die Gewäheleistungs- beziehungsweise Preisminderungs-Klage des L.R.S. 1765, welche nur in den unter dem Titel „vom Verkauf" ausgedrückten Fällen nach den dort (L.R.S. 1616 — 1623) angegebenen Regeln begründet werden kann. Zwar ist das als zu nieder angefochtene Flächenmaß der verpachteten Grundstücke nicht in dem eigentlichen Pachtvertrage vom 24. Oktober 1825 angegeben, soudern erst bei der Uebergabe dee Geundstücke (Seite 163 der Akten). Da letztere aber auf einen Zeitbestandbrief basiet wurde, welcher das Maß angab und nach der übereinstimmenden Angabe beider Theile (Seite 175. 219 der Akten) einen Theil des Pachtvertrages vom 24. Oktober 1825 bildet: so ist Beides als ein Ganzes in dieser Hinsicht zu betrachten.

Die vorliegende Peeisminderungsklage wurde aber erst im Jahr 1836 erhoben, nachdem der Pachtvertrag schon länger als 10 Jahre gedauert hatte, während die Klage nach L.R.S. 1765 in Verbindung mit 1622 bereits in Jahresfeist vom Tage des geschlossenen Pachts erloschen wae.

Daß der Kläger im Laufe der Verhandlung seine Klage condictio indebiti genannt hat, kann ihre Natur nicht ändern. Mag auch die Preisminderungsklage oft die Eigenschaften einer condictio indebiti an sich tragen, sie muß doch jedenfalls nach dem L.R.S. 1765 beziehungsweise 1616 folgendermaßen beuetheilt werden, weil die hier gegebenen Vorschriften stets angewendet werden müssen, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind, gleichviel, ob die vorliegenden Thatsachen noch ähnliche Klagen herbeiführen könnten odee nicht. Es kann nicht in der Absicht des Gesetzgebees gelegen seyn, zu gestatten, daß eine, aus einem Vertrag heegeleitete, aber verjährte Klage (L.R.S. 1622) unter dem Titel einer, aus einem Halbvertrag entsprungenen wieder angebracht, und so das Gesetz umgangen werden dürfe.

Aus diesen Gründen stimme ich für ein bestätigendes Erkenntniß.

4.

Oberhofgerichtliches Urtheil vom 11. April 1839. Nr. 1415.

Hiedurch wurde das hofgerichtliche sub 2 und 3 bestätigt, hinsichtlich der unter 1 enthaltenen Bestimmung aber dahin abgeändert, daß Kläger mit seinem Anspruch auf Ersatz der von dem Beklagten aus dem klägerischen Cautionskapitale bezogenen Nutzungen abzuweisen sei.

Die Entscheidungsgründe fahren nach der Darstellung des Thatsächlichen so fort:

Zu 1. hängt die Entscheidung von der Erörterung der allgemeinen Frage ab,

ob Derjenige, dem Geld in klingender Münze zur Aufbewahrung übeegeben wurde, davon Zinsen zu entrichten schuldig ist, wenn er solches verbraucht hat?

Der L.R.S. 1930 stellt die in der Natur des Hinterlegungskontrakts liegende Regel auf, daß der Aufbewahrer die hinterlegte Sache ohne ausdeückliche oder muthmaßliche Einwilligung des Hinterlegers nicht gebeauchen dürfe. Der L.R.Zusatz 1930 a. bezeichnet zwei Fälle, in welchen diese Bewilligung vermuthet werden dürfe, nämlich

a) wenn unverbrauchbare und zugleich unverderbliche Sachen hinterlegt werden,
b) wenn verbrauchbare Sachen unverschlossen an Handelsleute übergeben werden.

Der L.R.S. 1931 verbietet dem Aufbewahrer, wenn ihm Sachen in verschlossener Kiste oder versiegeltem Umschlage, übergeben werden, zu forschen, was für Sachen bei ihm hinterlegt sind; folgeweise darf der Aufbewahrer keine ihm verschlossen übergebene Sache, sie sei vertretbar oder nicht, also auch kein Geld, gebrauchen, weil solches ihm in diesem Falle als körperliche Sache, nicht als Quantität, zue Aufbewahrung übergeben worden ist.

Der L.R.S. 1832 gibt die Bestimmung, daß der Aufbewahrer die nämliche Sache, welche er erhalten hat, dem Hinterleger zurückgeben müsse. Eine Ausnahme hievon macht aber dieses Gesetz hinsichtlich des anvertrauten Gutes, das in klingender Münze bestand; es sagt nämlich:

der Aufbewahrer muß dieses in eben den Soeten, worinne es gegeben ward, zurückgeben, ihr Werth mag gestiegen oder gefallen seyn.

Unser Gesetzbuch betrachtet demnach, sowie es in den römischen Gesetzen der Fall war, das Geld bald als eine körperliche, bald als eine unkörperliche Sache. Ersteres ist der Fall, wenn es verschlossen, letzteres, wenn es unverschlossen übergeben, voegezählt, oder, wie unser Gesetz sich ausdeückt, in klingender Münze übergeben wird. In dieser letzteren Eigenschaft wird das Geld bei den meisten Veeteägen genommen, insbesondere bei dem Darleihvertrage, welcher darin besteht, daß Einer dem Andern von verbeauchba-

Digitized by Google

ren Sachen eine bestimmte Menge unter der Bedingung überliefert, daß letzterer ihm ebensoviel in derselben Gattung und Menge einst wiedergeben soll. L.R.S. 1892. Sowie nun bei dem Darleihvertrag nach L.R.S. 1895 der Darleiher von Geld die Verbindlichkeit hat, dem Darleiher die erhaltene Geldsumme nach ihrem Nennwerthe zurückzuerstatten, so hat nach L.R.S. 1932 der Aufbewahrer ebenfalls die Pflicht, blos die Summe Geldes zurückzuerstatten, jedoch mit der Beschränkung, daß er nicht, wie der Anleiher, in currenten Geldsorten nach seinem Belieben die Zurückerstattung bewerkstelligen kann, sondern daß solches in den nämlichen Geldsorten, in welchen er das Geld erhalten hat, geschehen muß. Der Unterschied zwischen dem Darleihen und der Hinterlegung des baaren Geldes besteht darin, daß bei jenem das Geld dem Anleiher zum Zwecke des Gebrauchs übergeben wird, daß aber bei der Hinterlegung immer die bloße Aufbewahrung der Zweck des Vertrags ist, daß jedoch gesetzlich dem Aufbewahrer erlaubt ist, solches zu gebrauchen, wenn er will. Diese Erlaubniß folgt daraus, daß ihm das Gesetz nicht die Rückerstattung des empfangenen Geldes selbst, sondern nur die Rückerstattung einer gleichen Summe in den nämlichen Geldsorten als Pflicht auferlegt.

Wenn nun der L.R.S. 1936 weiter sagt:

„hat die hinterlegte Sache Früchte getragen, und der Aufbewahrer sie genossen, so ist er verbunden, sie zu ersetzen",

so kann dieser Satz sich nicht auf Geld beziehen, weil solches als hinterlegte körperliche Sache keine Früchte tragen kann. Es kann also nur der zweite Theil dieses Gesetzes die Quelle zur Entscheidung der vorliegenden Frage abgeben. Er sagt:

„Von dem bei ihm hinterlegten Gelde zahlt der Aufbewahrer keine Zinsen außer von dem Tage an, da er in Verzug der Rückgabe ist."

Wollte man dieser Gesetzesstelle etwa die Auslegung geben, daß der Aufbewahrer keine Zinsen bezahlen müsse, so lange das Geld bei ihm aufbewahrt liege, so wäre diese Bestimmung eines Theils ganz überflüssig, weil sie schon im ersten Theile des L.R.S. 1936 enthalten ist, wonach nur von nutzbringenden Sachen, worunter hinterlegtes Geld nicht gehört, die Früchte rückzuerstatten sind; andern Theils würde aber auch die Verwechslung des gesetzlichen Ausdrucks: „von hinterlegtem Gelde" mit jenem: „so lange das Geld hinterlegt bleibt" unzulässig seyn, denn jener Ausdruck heißt nicht anders, als: von Geld, welches hinterlegt worden ist."

Das Gesetz spricht also allgemein und ist keiner andern Auslegung fähig, als: daß, wenn die hinterlegte Sache in Geld besteht, der Aufbewahrer keine Zinsen bezahle außer von dem Tage an, wo er in Verzug der Rückgabe versetzt ist. Hinsichtlich jenes Geldes, welches verschlossen, also als körperliche Sache übergeben wird, so wie hinsichtlich desjenigen Geldes, welches als Quantität zur Aufbewahrung gegeben und von dem Aufbewahrer nicht gebraucht worden ist, versteht sich solches von selbst; allein auch hinsichtlich desjenigen Geldes, welches der Aufbewahrer als Quantität erhalten und vermöge der ihm gesetzlich zustehenden Befugniß verbraucht hat, ist dieses Gesetz hinlänglich gerechtfertigt. Denn wenn der L.R.S. 1932 bei Hinterlegung klingender Münze dem Aufbewahrer blos die Zurückerstattung des Werthes zur Pflicht macht, so stellt es hiermit die gesetzliche Vermuthung auf, daß es bei dieser Hinterlegungsart in der Absicht der Contrahenten liege, daß der Aufbewahrer das Geld, wenn er wolle, gebrauchen dürfe.

Zachariä, 4te Aufl. 2. Bd. S. 493. Anmerk. 2. Dem steht der L.R.Zusatz 1930a. nicht im Wege; denn wenn er zwei Fälle aufzählt, in welchen diese Bewilligung vermuthet werden dürfe, so sind hierdurch die weiteren Fälle, in welchen dieselbe Vermuthung eintreten kann, nicht ausgeschlossen; es war auch nicht nöthig, den beiden angeführten auch noch jenen des L.R.S. 1932 hinzuzufügen, weil dieser in dem Gesetzbuche selbst schon angegeben ist, folglich der Aufnahme in dasselbe mittelst eines Zusatzes nicht bedurfte.

Obgleich nun in diesem Falle des L.R Satzes 1932 das Rechtsgeschäft der Hinterlegung einer Quantität Geldes gegen Rückerstattung einer gleichen Quantität noch immer ein Hinterlegungsvertrag ist, so nähert sich dasselbe in mancher Hinsicht doch dem Darleihvertrage. Wenn aber bei diesem, wo der Darleiher einem Andern eine verbrauchbare Sache gerade zur Benützung überläßt, keine Zinsen bezahlt werden müssen, wenn sie nicht bedungen sind, oder der Anleiher der Rückerstattung wegen sich im Verzuge befindet: so ist für eine andere gesetzliche Disposition da kein Grund vorhanden, wo Jemand einem Andern Geld in klingender Münze unter der gesetzlich vermuthbaren Befugniß gibt, daß er das Geld brauchen könne, wenn er wolle, und wenn der Aufbewahrer von dieser ihm zustehenden Befugniß Gebrauch macht. In diesem Falle geht das Eigenthum der Sache, sowie bei dem Darleihen auf den Anleiher, hier auf den Aufbewahrer über, und in dieser Eigenschaft hat er auch die Früchte der Sache zu beziehen; in einem, wie in dem andern Falle hat er nur die Quantität der ihm übergebenen Sache zu restituiren. Es läßt sich daher auch nicht denken, wie das Gesetz hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung abweichende Bestimmungen enthalten könne.

Unser Gesetzbuch kennt überhaupt nur bedungene und gesetzliche Zinsen. Hat daher Derjenige, der klingende Mün-

Digitized by Google

hinterlegt, sich die Zinsenzahlung für den Fall ausbedungen, wenn der Aufbewahrer das Geld für sich brauchen wolle, so hat er zufolge dieser Vertragsbedingniß ein unzweifelhaftes Recht, diese Zinsen zu fordern. Gesetzliche Zinsen finden nur da Statt, wo sie durch das Gesetz ausdrücklich bestimmt werden; nirgends ist aber ein Gesetz zu finden, welches verordnet, daß der Aufbewahrer von Geld, welches ihm offen zur Aufbewahrung übergeben wurde, Zinsen zahlen müsse, wenn er solches gebraucht. Eine analoge Anwendung von Gesetzstellen über andere Vertragsarten hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung kann nicht Statt finden, weil das Gesetz in der Bestimmung:

Gesetzliche Zinsen finden nur da Statt, wo sie durch das Gesetz ausdrücklich bestimmt werden,

jeder analogen Anwendung hindernd in den Weg tritt.

Demnach bleibt für die Verbindlichkeit, gesetzliche Zinsen zu zahlen, nur der einzige Fall des L.R.S. 1936 übrig, nämlich der, daß der Aufbewahrer der Zurückgabe wegen in Verzug gesetzt ist. Außerdem kann von einer Zinsenschuldigkeit von hinterlegtem Gelde, sei es verschlossen oder offen zur Aufbewahrung gegeben, keine Rede sein, wenn deren Zahlung nicht ausdrücklich ausbedungen worden ist.

Zu 2. (Nach der Darstellung des Thatsächlichen, wie in den vordern Instanzen):

Wenn es nun richtig ist, daß Derjenige, welcher Güter in Bestand nimmt unter der Bedingung, daß er einen nach dem Maße der in Bestand genommenen Güter festgesetzten Pachtschilling entrichte, mehr nicht zu zahlen verbunden ist, als was der Pachtschilling nach dem wirklichen Maße der Güter beträgt, und daß, wenn er einen höhern Pachtschilling entrichtete, er hierdurch etwas zahlte, was er nicht schuldig war, so folgt hieraus, daß er nach L.R.S. 1235 das Zuvielbezahlte zurückfordern kann, und daß der Bestandgeber ihm solches nach L.R.S. 1376 zurückerstatten muß, in so fern er im Irrthume von dem Beständer angenommen hat.

Alle diese Erfordernisse treten in dem vorliegenden Falle ein. Der Bestandvertrag bedingt einen von dem Kläger für jeden Morgen Wiese und Acker im Sommer- und Winterfeld zu entrichtenden gewissen Pachtschilling. Der Beklagte gibt zu, daß er dem Kläger ein Güterverzeichniß mit Angabe des Maßes zugestellt, und daß dieser den hiernach berechneten Pachtschilling an ihn von dem Jahre 1825 bis 1836 entrichtet hat. Es ist ferner nachgewiesen, daß die verpachteten Güterstücke zum Theil jenes Maß nicht haben, welches in dem angeführten Verzeichnisse angegeben ist. Der Beklagte behauptet, daß dieses Verzeichniß nach dem Inhalte des Grund- und Flurbuchs geschehen sei; es würde hieraus folgen, daß der Inhalt dieses Buches unrichtig sei, da es nachgewiesen ist, daß die Güter das darin enthaltene Maß nicht enthalten. Da es nun in der Absicht der Contrahenten lag, daß der Pachtschilling nach dem wirklichen Gütermaße berechnet werde, so folgt hieraus nothwendig, daß es auf einem Irrthum beruhte, wenn sich der Beklagte mehr Pachtschilling bezahlen ließ, als ihm der Kläger schuldig war. Demnach ist die angestellte Klage begründet und erwiesen.

Der Beklagte hat dieser Klage die Einrede der Verjährung entgegengesetzt. Er behauptet zwar nicht, daß bei der Klage auf Zurückgabe einer bezahlten Nichtschuld eine kürzere als die gewöhnliche Zeit für Verjährung der Klagen laufe, sondern er behauptet nur, die vorliegende Klage bezwecke eine Verminderung des Pachtschillings wegen unrichtiger Angabe des Flächeninhalts in dem Pachtvertrage; nun sage der L.R.S. 1765, daß diese eine Verminderung des Pachtzinses nur in den unter dem Titel von dem Verkaufe ausgedrückten Fällen begründe, und hier sei im L.R.S. 1622 vorgeschrieben, daß des Verkäufers Klage auf Ergänzung des Preises und jene des Verkäufers auf Verminderung oder auf Umstoßung des Vertrags in Jahresfrist vom Tage des geschlossenen Kaufs an erlösche. Hieraus will der Beklagte folgern, daß auch eine jede Klage des Pächters auf Verminderung des Pachtschillings in einem Jahr erlösche.

Allein

1) ist der gegenwärtige Fall ein anderer, als der, von welchem der L.R.S. 1765 spricht, wo nämlich ein Stück Gut um einen bestimmten Preis verpachtet ist, der Pächter aber wegen der in dem Vertrage geschehenen unrichtigen Angabe des Flächenmaßes eine Verminderung verlangt; denn der Kläger verlangt durchaus keine Preisverminderung, er hält sich für verpflichtet, dem Beklagten für jeden Morgen Feld den Pachtschilling zu überlassen, den der Vertrag festsetzt, und hat ihm solchen auch bezahlt. Er verlangt nur Dasjenige zurück, was er über den bedungenen Preis bezahlt hat; dieses verlangt er als eine bezahlte Nichtschuld zurück, der L.R.S. 1765 ist also hierher nicht anwendbar.

Wäre er es aber auch, so wäre

2) dennoch die vorgeschützte Einrede der Verjährung nicht begründet. Denn wenn auch eine Erhöhung oder Herabsetzung des Pachtzinses wegen in dem Pachtvertrage unrichtig angegebenen Flächenmaßes nur in den unter dem Titel vom Verkaufe ausgedrückten Fällen Statt finden soll, so bezieht sich dieses nur auf die L.R.S. 1617, 1618, 1619 und 1623, wo die Fälle bezeichnet sind. Hieraus läßt sich aber nicht folgern, daß auch die im L.R.S. 1622 bei dem Verkauf festgesetzte einjährige Erlöschung der Klage

Digitized by Google

auf den Pachtvertrag Anwendung finden solle; denn dieses ist nirgends im Gesetze verordnet.

Toullier tom. 9. pag. 256. Nr. 180. (Brüsseler Ausgabe).

Die vorgebrachte Einrede der Verjährung ist also unbegründet.

5.

Bemerkungen des Einsenders zu 2.

I. Allerdings spricht sich der Fortsetzer des Werks von Toullier in der allegirten Stelle für die oberhofgerichtliche Ansicht dahin aus:

Il semblerait aussi, de ce qu'on observe les règles de la vente, que l'action, soit en augmentation, soit en diminution de prix, devrait être exercée dans l'année du contrat, à peine d'être en suite non recevable. Toutefois, nous n'oserions le décider ainsi, attendu que ce n'est que relativement à l'augmentation ou à la diminution du prix, et non quant à la durée de l'action elle-même, que l'article 1765 dit que l'on suit les règles de la vente: on reste donc, sous ce rapport, sous l'empire du droit commun, et par conséquent l'action dure trente ans.

Ich kann mich jedoch von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen.

1) Schon der Wortlaut des Gesetzes scheint mir auf ein anderes Resultat zu führen. Es verordnet nämlich art. 1765: Si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à augmentation ou diminution de prix pour le fermier, que dans les cas et suivant les règles exprimées au titre *de la Vente*. (Schluß folgt).

Druckfehler.

Nr. 49. S. 322 Spalte 2 Zeile 10 von unten lies statt „Verkaufsrecht" Vorkaufsrecht.

Anzeige für Juristen.

Im Verlage der Unterzeichneten ist so eben erschienen und in allen Buchhandlungen Deutschlands und den angränzenden Ländern zu haben:

Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu von Wennig-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts

von

Dr. J. A. Fritz,

Großh. bad. Hofrathe und ord. Professor der Rechte u. s. w.

3s Heft (des 2ten Bandes 1stes Heft.)

den allgemeinen Theil des Obligationenrechts enthaltend.

28 Bogen gr. 8. geh. 3 fl. 36 kr. oder Thlr. 2.

Dieses Heft ist reich an Erörterungen schwieeiger und wichtiger Gegenstände. Es zerfällt in vier Kapitel. — Erstes Kapitel. Von dem Begriffe, den Hauptarten und dem Inhalte der Obligationen. Unter den hier bearbeiteten Lehren heben wir heraus: Geldschulden, Zinsen, Schadensersatz, Würdigungseid, Wohlthat der Competenz, Interusurium, Klagen aus Obligationen, Einrede des nicht erfüllten oder nicht gehörig erfüllten Contractes und Concurrenz mehrerer Obligationen. — Zweites Kapitel. Von den Subjecten der Obligationen. Hier wird ausführlich gehandelt von den solidarischen (mit Einschluß der untheilbaren) Obligationen, von der Cession der Forderungsrechte und von den Rechten und Verbindlichkeiten Dritter aus einer Obligation. — Drittes Kapitel. Entstehungsgründe der Obligationen. Hier machen wir aufmerksam auf die Erörterungen über Eintheilung der Verträge, über Verträge der Unmündigen, über wesentlichen und außerwesentlichen Irrthum bei Verträgen, über Aerha und Conventionalstrafen, über Mora und über Obligationen, wegen Bereicherung des Schuldners mit dem Schaden des Gläubigers. Viertes Kapitel. Von Aufhebung der Obligationen. Hier sind am ausführlichsten besprochen: der solutionis causa adjectus, die Compensation, die remissorischen Verträge, die gerichtliche Deposition und die Wirkungen der Verjährung persönlicher Klagen.

Freiburg und Karlsruhe im November 1839.

Gebrüder Groos. Ch. Th. Groos.

Archiv

für die

Rechtspflege und Gesetzgebung

im Großherzogthum Baden

herausgegeben von

Dr. J. G. Duttlinger, Freiherrn v. Weiler und J. v. Kettennaker.

4r bis 4r Band in 16 Heften.

Herabgesetzter Preis bis Ende d. J. fl. 8.

Diese für Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum äußerst wichtige Zeitschrift, ist aus dem Verlage der Gebrüder Groos in Freiburg in den meinigen übergegangen, und wird vom kommenden Jahre an, nach einem neuen Plane und mit erneuter Thätigkeit durch Herrn Geh. Rath und Professor Dr. Duttlinger, Herrn Hofgerichtsdirector v. Kettennaker und Herrn Oberhofgerichts-Rath Trefurt fortgesetzt.

Um den jüngeren Juristen und übrigen Angestellten die Anschaffung der bereits erschienenen Bände zu erleichtern, habe ich mich entschlossen, dieselben bis Ende d. J. um die Hälfte des früheren Subscriptions-Preises herabzusetzen, und es kosten dieselben somit zusammen genommen fl. 8. netto; einzelne Bände kosten bis dahin fl 2 42 kr.; einzelne Hefte 48 kr. netto. Mit dem künftigen Jahre tritt der frühere Preis wieder ein.

Karlsruhe im November 1839.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Siebenter Jahrgang. Nro. 52. Karlsruhe den 28. December 1839.

I.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

1) Hat der Depositar, welcher das bei ihm baar hinterlegte Geld verbrauchte, dem Deponenten Zinsen davon zu entrichten? Auslegung des Landrechtssatzes 1936.
2) Verjährt die Pachtminderungsklage des L.R.S. 1765 in einem Jahr oder in dreißig Jahren? Auslegung dieser Gesetzesstelle.

(Schluß).

Kann hienach die Klage auf Erhöhung oder Herabsetzung des Pachtzinses nur in den, unter dem Titel „vom Verkauf" ausgedrückten und nach den dort gegebenen Regeln angestellt werden, und verordnet das Gesetz im Titel vom Verkauf unter Anderm auch (art. 1622), daß die Klage nur in dem Fall Statt finde, wenn sie in Jahresfrist, vom Tage des geschlossenen Kaufs an, erhoben werde: so kann wohl auch die Pachtgewährleistungsklage nur in dieser Frist angebracht werden; es bezieht sich also der L.R.S. 1765 auch auf 1622. Dafür hat sich Merlin*) entschieden erklärt:

Les art. 1622 et 1765 du Code civil établissent contre l'acquéreur et le fermier d'immeubles une prescription annale.

Zachariä scheint diese Auslegung ebenfalls für die richtige zu halten; denn er lehrt**), daß die Verbindlichkeit des Verpächters, für den Flächengehalt zu stehen, nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sei, wie die des Verkäufers, den Flächengehalt eines von ihm verkauften Landguts zu gewähren.

Er bezieht sich dabei auf art. 1765 in Verbindung mit 1616 und den folgenden, ohne den art. 1622 auszunehmen.

2) Das französische Gewohnheitsrecht hatte schon früher gerade diese Klage des Pächters der dreißigjährigen Verjährung entzogen und einer zweijährigen unterworfen. Um so gewisser darf man annehmen, daß der Code civil, welcher noch eine kürzere, nämlich die einjährige Verjährung bei der Maßgewährleistungsklage des Käufers einführte (art. 1622) und dieselbe Klage bei dem Pachte nach den nämlichen Grundsätzen behandelt wissen will (art. 1765), letztere auch in der nämlichen Zeit erlöschen läßt.

Merlin*) berichtet uns hierüber Folgendes:

L'art. 3 du chap. 117 des chartes générales de Hainaut**) prive de tout recours en indemnité, le fermier qui a laissé écouler deux ans sans avertir son maître *de ce qui manque dans son exploitation, pour compléter l'étendue et la quantité que lui attribue le bail.* — Mais cette disposition n'étant pas renouvelée par le Code civil, est, par cela seul, abrogée, d'après la loi du 30. ventôse an 12, art 7. Remarquez cependant qu'à la Prescription biennale qui était admise en cette matière par les chartes de Hainaut, le Code civil en substitue une plus courte encore, puis qu'elle s'acquiert par le laps d'une seule année. Cela résulte des art. 1622 et 1765 de ce code.

II. Der höchste Gerichtshof fand in der angestellten Klage nicht die Merkmale der Preisminderungsklage des L.R.S. 1765. Es wurde jedoch, wie aus den Entscheidungsgründen hervorgeht, angenommen, daß der Bestandvertrag einen vom Kläger für jeden Morgen Wiese und Acker zu entrichtenden gewissen Pachtschilling bedinge;

*) Répertoire m. prescription, Section II. §. IV Nr. XVII bis.
**) Vierte Auflage, 2. Band, Seite, 428. 429. §. 371.

*) l. c. §. V. Nr. II.
**) conf. diesen Artikel in Merlin rép.

Digitized by Google

ferner, daß der Kläger den Zins nach einem ihm vom Beklagten übergebenen Pachtgüterverzeichniß entrichtet habe in diesem Verzeichniß aber das Maß der Güter zum Theil größer angegeben sei, als es wirklich betrage, und daß deßwegen der Kläger nur einen geringern Zins schuldig gewesen wäre.

Dies dürften aber gerade die Requisite der Preisminderungsklage seyn. Die Güter sind mit Angabe ihres Flächeninhalts, das einzelne Maß zu so und soviel verpachtet worden (so und soviel Morgen Wiesen, der Morgen zu 12 fl. u. s. w.), und hatten einen kleinern Flächengehalt, als den im Vertrage (zu welchem das Verzeichniß den Nachtrag bildet) angegebenen *). Es trat also ganz der im Art. 1765 vorgesehene Fall ein, si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance plus grande que celle qu'ils ont réellement.

Dabei mag es zwar allerdings, wie die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sagen, in der Absicht der Contrahenten gelegen seyn, daß der Pachtschilling nach dem wirklichen Gütermaße berechnet werden solle; und es unterliegt nach L.R.S. 1765 in Verbindung mit 1617 keinem Zweifel, daß der Kläger berechtigt gewesen wäre, zu verlangen, daß ihm der beklagte Verpächter das angegebene Maß verschaffe, oder sich an der Summe des Pachtschillings einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lasse. Allein dies konnte er nur durch die Preisminderungsklage des L.R.S. 1765 erreichen. Diese bezweckt stets (wenn sie nicht auf Nachlieferung des Fehlenden gerichtet wird) nichts Anderes, als: mehr nicht zu bezahlen, als man nach dem Vertrage schuldet; allein sie kann nur in den im L.R.S. 1616 bis 1623 ausgedrückten Fällen angestellt werden, erscheint mithin hier als erloschen.

Durch die Zahlung konnte sich die rechtliche Natur des Verteagsverhältnisses in keiner Weise zu Gunsten des Klägers ändern. War die Klage verjährt, weil der Pächter nicht binnen Jahresfrist auf Minderung der Pachtsumme klagte, so konnte sie nicht dadurch, daß er mehr als den schuldigen Zins entrichtete, wiederaufleben, auch wenn im Uebrigen die Voraussetzungen zu der condictio indebiti vorhanden seyn sollten. Denn sobald der Kläger die einjährige Frist verstreichen ließ, ohne die Minderungsklage zu erheben, war er nunmehr schuldig und gesetzlich verbunden, den höhern, nach dem im Vertrag angegebenen Maße berechneten Pachtschilling zu bezahlen, und diese Zahlung war dann keine ungebührliche mehr. L.R.S. 1235 in Verbindung mit 1376.

v. Stockhorn.

*) Vergl. Zachariä a. a. O. §. 334. Seite 264.

II.

Fall über Bieraccisdefraudation als Erläuterung des des §. 2 des Gesetzes vom 12. October 1837, welcher besagt:

„Jeder Biersutt ist mit fünf Kreuzer Kesselinhalt zu versteuern.

Unter einem Biersutte wird das Brauen einer Quantität Bier verstanden, welcher durch einmalige Füllung des Kessels, also ohne Nachsutt erzeugt werden kann." *)

In den beiden Jahren 1835 und 1836 wurden bei dem Bezirksamte Radolfzell fünf Anzeigen gegen mehrere Bierbrauer wegen Bieraccisdefraudation gemacht. Der wesentliche Inhalt derselben war stets der nämliche, und beiläufig der folgende: An dem und dem hat Bierbrauer X. zu Z. bei dem dortigen Steuererheber einen Biersutt angezeigt. Ich kam in der und der Stunde in die Brauerei und traf daselbst, nebst dem gefüllten Kessel, noch so und so viel Flüssigkeit in dem Grande und dem Maischbottig an, womit der Denunciat den Kessel schon mehreremal füllte, oder füllen wollte, von jener Flüssigkeit ist also der Accis defraudirt, weil das Gesetz nur eine einmalige Füllung des Kessels gestattet.

Die Beanzeigten gestanden jedesmal zu, daß jene Flüssigkeit zum Nachfüllen vorhanden gewesen und auch hierzu wirklich verwendet worden sei. Hierin liege aber keine Umgehung des Accises, weil eine solche „Zuthat von Würze" zur Hervorbringung von Bier schlechtweg nothwendig sei.

Auf dieses Zugeständniß hin wurde von dem Amte jedesmal die Strafe der Defraudation ausgesprochen, und der gegen das Urtheil jedesmalig ergriffene Recurs theils von der Regierung, als dergleichen Fälle noch polizeilich abgewandelt wurden, theils vom Hofgerichte des Seekreises, jedesmal verworfen.

Im Januar 1837 kam nun Bierbrauer Philipp Kustrian von Rielasingen wegen gleichen Vergehens zur Anzeige. Diese lautete so:

Philipp Kustrian declarirte den 27. Januar einen Biersutt, und der Anfang der Heizung um Morgen 7 Uhr. Nachmittag 2 Uhr kam ich in die Brauerei und traf daselbst den noch ganz gefüllten Kessel, und im Maischbottig und Geand, nach seiner eigenen Schätzung, 10 Eimer Flüssigkeit an, welches ich für eine Defraudation halte.

*) Der Fall ist zwar aus der Zeit vor der Wirksamkeit dieses Gesetzes, aber eine Anwendung des §. 1 des Gesetzes vom 22. September 1825, welcher aber im obigen wörtlich abgedruckt wurde, und der Fall schön, weil das neue Gesetz das ältere rezipirte, noch als praktisch erscheint. D. C.

Digitized by Google

Der Denunziat gab zu, daß die vorhandene Flüssigkeit allerdings zum Nachgießen bestimmt gewesen und ein Theil davon zu diesem Zwecke auch bereits verwendet worden sei, worin aber keine Defraudation enthalten seyn könne. Er beschrieb die Art und Weise, wie ein Biersutt vor sich gehe, daß der Kessel viermal gefüllt werde, jedoch immer mit der nämlichen Flüssigkeit, und werde jedesmal vor jeder neuen Feuerung der eingesottene Theil mit s. g. Zuthat bis an die Eiche wieder ergänzt. Bei der letzten Füllung werde der Hopfenstoff beigemischt und jetzt erst sei ein Nachguß unerlaubt, weil jetzt erst hierdurch eine größere Quantität Bier gewonnen würde, als veraccist worden ist. Auf die obige Weise habe er 353 Maß Bier, wie viel er mit 4 fl. 36 kr. veracciste, erhalten.

Da nun das bisherige amtliche Verfahren bei Abwandlung derartiger Denunziationen die bestätigenden Erkenntnisse der Regierung und des Hofgerichtes für sich hatte, daher dem Vortrage des Beanzeigten fast keinen Glauben schenken konnte, jedoch in demselben, insofern er die Erzählung, wie ein Biersutt vor sich gehe, zu seinem Gegenstande hatte, viele Wahrscheinlichkeit fand; so ordnete dasselbe, um der Sache einmal auf den Grund zu kommen, eine Commission von drei Sachverständigen an, welche einem Biersutt des Denunziaten von Anfang bis zu Ende beiwohnen sollten. Man instruirte dieselbe dahin, daß man ihr die folgenden fünf Fragen stellte, welche sie zu beantworten hatten:

1) Wie viel mißt der Kessel des Denunziaten?

2) Wie vielmal wurde die Flüssigkeit aus dem Kessel in den Malztrog und von diesem wieder in jenen verbracht?

3) Wie viel Flüssigkeit, nachdem die Heizung von frischem begonnen hatte, wurde im Ganzen nachgegossen?

4) Ob nach der vierten Füllung, als der Hopfenstoff in dem Kessel war, nicht mehr nachgefüllt worden sei?

5) Wie viel so fertiges Bier vorhanden gewesen sei?

Die Commission berichtete ad protocollum unterm 31. März und beschrieb den Biersutt folgendermaßen:

Der Kessel wurde das erste Mal bis an die Eiche gefüllt. Nebenbei befanden sich 250 Maß Flüssigkeit im Malztroge. Nach der ersten Heizung kam der Kesselinhalt zu diesen 250 Maß. Hier verblieb sie eine halbe Stunde, von wo sie durch das Maistbottig (Grande) wieder bis zur Eiche in den Kessel kam; der Rest blieb da zurück. Dieses wurde drei Mal wiederholt. Bei der vierten und letzten Füllung war zu wenig Flüssigkeit da. 15 — 20 Maß konnten fehlen. Wasser konnte man, ohne den Biersutt zu verderben, keines nehmen.

zu 1:
460 Maß.

zu 2:
viermal.

zu 3:
250 Maß.

zu 4:
wurde nicht mehr nachgefüllt.

zu 5:
375 Maß.

Auf den Grund dieses Berichtes der Commission wurde die Anzeige, unter Verfällung der Steuerkasse in die Kosten, aus folgenden Gründen als ungegründet verworfen:

Das Gesetz vom 14. Mai 1825 setzt in dem §. 2 den Bieraccis auf 13 fl. pr. Fuder Bier fest, welcher aber nach dem Kesselinhalt, und zwar mit 6 kr. von der Stütze dieses Inhaltes, zu entrichten ist. Eine Bieraccis-Defraudation wird daher durch einen Bierbrauer begangen, wenn er durch die Art und Weise, wie er siedet, mehr Bier gewinnt, als er nach dem Kesselinhalt bereits veraccist hat. Es entsteht hier nun zunächst die Frage, um die sich Alles dreht: wird mehr Bier erzeugt, als veraccist wurde, oder wird eine Defraudation begangen; wenn ein Bierbrauer seine Braupfanne während des ganzen Suttes mehr als einmal bis an die Eiche mit Flüssigkeit anfüllt? oder darf vielmehr bei jeder neuen Heizung s. g. Würze und zwar bis an die Eiche der Braupfanne nachgegossen werden *), so daß also erst dann defraudirt würde, wenn ein Brauer, nachdem er den Braukessel, in welchen er auch schon den Hopfenstoff geworfen hat, bis an die Eiche anfüllt, auf irgend eine Weise, etwas durch Ergänzung der jetzt eingesottenen Flüssigkeit ein Nachsutt sich erlaubt? Diese Frage, deren Beantwortung technische Kenntniß in der Brauerei voraussetzte, hat die Commission nun beantwortet, und zwar durch folgende Momente: Die Braupfanne des Denunziaten mißt 460 Maß; es wurde bei jeder neuen Heizung Würze, und zwar im Ganzen 250 Maß, nachgegossen, dagegen wurde der letzte (vierte) Einsutt, als der Hopfen nämlich sich schon in der Pfanne befand, nicht mehr ergänzt. Auf solche Weise wurden 375 Maß Bier gefertigt; kombinirt man nun die Faktoren mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Bieraccisentrichtung nach Quantität und Qualität, so ergibt sich das nachstehende arithmetisches Resultat:

Wenn 1000 Maß (das Fuder) Bier 13 fl. Accis bezahlt, so bezahlen 375 Maß 4 fl. 52½ kr., sonach hätte der Denunziat, weil er nur 4 fl. 36 kr. Accis bezahlte, 16½ kr. zu wenig entrichtet; ferner, vice versa: wenn 13 fl. 1000 Maß geben, so geben 4 fl. 36 kr. 353$^{11}/_{13}$, so-

*) Ohne Nachguß würde kein Bier, sondern eine feste Masse, ein Syrup erzeugt werden. D. E.

Digitized by Google

nach hätte der Denunziat, weil er 375 Maß Bier erhielt, etwas über 21 Maß, nämlich 31²/₁₅ zu viel Bier erhalten. Wenn man nun aber erwägt, daß die Commission das fertige Bier gleich nach dem Sutte abgemessen hat, dasselbe aber, wie natürlich, durch die Verdämpfung auf dem Kühlschiffe, durch den auf diesem zurückbleibenden Satz, und endlich, duech die Gährung und Absonderung der s. g. Ober- und Unterehefe, einen namhaften Abgang erleidet; so wird es wohl keinem Zweifel mehr unterliegen, daß auf die angegebene Art und Weise nicht zuviel Bier erzeugt wird. Daher eine Accisedefraudation nicht möglich ist.

Betrachtet man hingegen das Ergebniß, wenn die Braupfanne nur einmal im ganzen Sutte, nämlich gleich Anfangs desselben gefüllt wird, und jede weitere Zuthat auch bevor der Hopfen in dem Kessel liegt, man als durch das Gesetz untersagt ansieht, so ist die Folge, daß der Brauer immer zu wenig Bier erhält, als er veracciste. Der Denunziat mußte während des Suttes, um vor jeder frischen Heizung den Kessel bis an die Eiche vollzuhaben, im Ganzen netto 250 Maß s. g. Zuthat nachgießen; gewonnen wurden 375 Maß, zieht man jenen Nachguß von diesem ab, so restiren noch 125 Maß. Soviel und nicht mehr hätte der Denunziat Bier bekommen, wenn er nur einmal den Kessel gefüllt hätte, und da er 353 Maß versteuerte, so hätte er gerade 228 Maß mehr veracciet, als er gesotten hat, ein Minus (228), welches mit dem früheren Plus (21²/₁₅) in gar keinem Verhältnisse steht.

Hält man nun das Resultat der Berechnung der Folgen der bei den Ansichten über den Biersutt zusammen, so springt es in die Augen, daß die erstere Ansicht, nach welcher auch der Biersutt vor sich gieng, welchem die amtliche Commission anwohnte, unzweifelhaft der richtigere ist. Mit derselben stimmt auch die Erläuterungsverordnung des Großherzoglichen Finanzministeriums zu dem Gesetze vom 22. Mai 1825 (abgedruckt im Anzeigeblatt des Seekreises de anno 1834, Seite 82 und 83) vollkommen überein. Denn dort wird die einmalige Kesselfüllung, eine einmalige Kesselfüllung, mit den zum Biersutte nöthigen Bierstoffen, genannt; zu einem Biersutte gehören aber drei wesentliche Stoffe, nämlich Wasser, Malz und Hopfen. Fehlt der eine oder der andere dieser Stoffe, so kann kein Bier gemacht werden. Alle drei, folglich auch der Hopfen, sind daher absolut nothwendig. Dieser wird aber erst in den letzten drei Stunden des Suttes in den Kessel geworfen. Es darf daher vorher die eingesottene von der in dem Maischbottig zurückgebliebenen Flüssigkeit immer wieder ergänzt werden, dagegen darf, wenn der Hopfenstoff beigemischt ist, der Kessel nur noch einmal bis an die Eiche nachgefüllt, und das jetzt eingesottene nicht mehr ergänzt werden. Eine Anzeige über derartige Defraudationen ist sonach nur dann gegründet, wenn in derselben der Satz aufgenommen ist, daß eine Nachfüllung dann Statt gefunden habe, als der Hopfenstoff in der Pfanne schon gesotten gehabt habe.

Die gegenwärtige Anzeige beruht aber nur auf der Behauptung, daß der Anzeiger sich in der fünften Stunde des Biersuttes (Nachmittags zwei Uhr), also noch nicht einmal in der Hälfte der zu einem Biersutte bestimmten Zeit, wo also der Hopfenstoff noch nicht in der Pfanne war, in die Brauerei des Denunziaten begeben und in dem Grande noch 10 Eimer Flüssigkeit gefunden habe. Abgesehen nun davon, daß diese Anzeige nach der bisherigen Entwickelung ungegründet erscheint; ist mit dem Beweis, daß Flüssigkeit in der Maischkufe angetroffen worden sei, noch nicht der Beweis geliefert, daß von dieser Flüssigkeit nachgegossen worden sei, und noch viel weniger ist dargethan, wie viel diese Flüssigkeit betragen habe, welche beide Punkte das ob? und wie viel? bei solchen Anzeigen aber gerade das thema probandum bildet *).

Fr. Jos. Müller.

III.

Die Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte enthalten in ihrer Nummer 39 vom 28. September l. J. einen Aufsatz, der die Entscheidung des Großherzoglichen Oberhofgerichts in einer der Hauptsache nach unerledigten Rechtsangelegenheit angreift und darum jenem Theil, gegen dessen Interesse die Ausführung gerichtet ist, Veranlassung gibt, gleichfalls seine Meinung zu sagen, um von allen jenen, auf welche dieselbe Eindruck gemacht haben könnte, nicht ungehört verurtheilt zu werden.

Ohne die Gründe zu wiederholen, auf welche gestützt das Großherzogliche Oberhofgericht in der gegen den Fiskus gerichteten Entschädigungsklage der Mitglieder der vormals unmittelbaren Reichsritterschaft aus den Kantonen Ortenau, Kraichgau und Odenwald für die aufgehobenen Herrenfrohnden u. s. w. Ladung erkannte, sollen hier nur in Kürze noch einige beigesetzt und die Ausstellungen des Recensenten widerlegt werden.

„Nicht das ganze Frohndablösungsgesetz vom 28. December 1831 wurde von den Klägern angefochten, sondern nur der §. 2 desselben", sagen die oberhofgerichtlichen Ent-

*) Gegen das amtliche Erkenntniß meldete zwar die Obereinnehmerei Konstanz, sich auf die früheren Urtheile berufend, den Rekurs an, erhielt aber von der Steuerdirektion in Karlsruhe, nachdem dieselbe die Akten eingesehen hatte, den Auftrag, denselben nicht auszuführen. D. E.

Digitized by Google

scheidungsgründe, und zwar mit Recht. Denn Niemand könnte zufriedener seyn, als die Kläger, wenn, nach der Meinung des Recensenten, das ganze Gesetz durch den Bundesbeschluß und die angestellte Klage völlig wirkungslos würde.

Dann würde der erste Paragraph desselben, der die Aufhebung dieser Frohnden u. s. w. verfügt, auch nicht bestehen. Was würde aber daraus folgen? — nichts anders, als daß die Regierung den vormaligen Reichsadel wieder in seine Frohn- und Blutzehnt-Rechte einsetzen müßte.

Das kann sie aber nicht, weil das Streitobjekt nicht mehr res integra, weil es in andere Hände übergegangen ist. Also muß die Regierung sich gefallen lassen, daß nur der §. 2 des Gesetzes angegriffen wird.

Diese Aufhebung ist es, welche die Entschädigungspflicht, die gesetzliche sowohl, jene des Landrechts nämlich, als die vertragsmäßige der Großherzoglichen Deklaration vom 22. April 1824 in Wirksamkeit ruft. Außer diesem ersten Paragraphen bleiben mithin von denen dem zweiten folgenden, mit Ausnahme derjenigen, welche den vormaligen Reichsadel mit einem Theil der ihm zugestandenen Entschädigung an die Gemeinden, oder einzelne Frohndpflichtigen verweisen, und die auf die Quantität der Entschädigung keinen Einfluß haben, nach der Natur der Sache alle bei Kraft.

Nach der Entscheidung des Bundestages wären die Berechtigten nicht genöthigt gewesen, ihre Beschwerden auf den §. 2 des Gesetzes zu beschränken, insoferne auch andere Paragraphen desselben, wie z. B. der ganz auf Willkühr beruhende Anschlag der Frohnarbeit, die Berechnung der Entschädigung in ihrer Zulänglichkeit verkümmerten, was beim Steigen des Taglohns und der Bevölkerung u. s. w. allerdings der Fall ist; allein sie haben hiervon keinen Gebrauch gemacht, weil sie wohl einsehen, daß es ihre, der Kläger, Pflicht sei, dem Richter den Weg zu bezeichnen, auf welchem das Maß ihres Schadens am schnellsten und einfachsten ermittelt werden kann. Darum brachten sie der Vereinfachung des Rechtsstreites ein Opfer, behielten den von dem Gesetz eingeschlagenen Weg, diesen Schaden zu ermitteln, bei, und durften vom Gegentheil einen gleichen Gang erwarten, da die Regierung, ohne Inkonsequenz und ohne sich Vorwürfen blos zu stellen, in dieser Beziehung keine andern Vorschläge zu machen, im Stande seyn dürfte, die sich zur Ausmittelung des fraglichen Schadens in ihrem Interesse mehr eigneten.

So bleibt der §. 1 des Gesetzes gegen den Willen der Kläger, der Rest seiner Paragraphen aber mit einziger Ausnahme des zweiten und der vorhin angeführten, in Folge stillschweigender Uebereinkunft der streitenden Theile, in Kraft, und von der Vertragsursache, dem Gesetze nämlich, schwindet im §. 2 nur der kleinste Theil, somit fehlt dem einzelnen Ablösungsvertrag weder überhaupt die Ursache, noch die richtige Ursache.

Allein bliebe auch wirklich kein Theil des Gesetzes in Wirksamkeit, so läge dennoch der Fall des Landrechtsatzes 1131 nicht vor. Das Gesetz von 1831 ist vielmehr die klare und ganz richtige Vertragsursache gewesen, und ist sie noch.

Die Parthien haben sich beim Abschluß ihrer Verträge über die Ablösung der Herrenfrohnden u. s. w. über diese Ursachen derselben nicht getäuscht. Diese, das Gesetz nämlich veranlaßte sie wirklich, die Verträge abzuschließen, und veranlaßte sie im wahren Verständniß des Gesetzes dazu. Die Verträge über die Frohndablösungen wären z. B. nur dann ohne Vertragsursache gewesen, wenn dieselben in einem Orte verabredet worden wären, wo überhaupt keine Frohnden bestanden — eine unrichtige Vertragsursache wäre aber dann vorhanden gewesen, wenn z. B. unter Berufung auf ein Zins- und Gültablösungs-Gesetz, ein Frohndablösungsvertrag eingegangen worden wäre u. dgl. In Bezug auf die Contrahenten haben die Verträge durch den in der Bezahlung der Ablösungssumme enthaltenen Vollzug ihre Gültigkeit bewährt.

Sind nun diese Verträge gültig, das heißt, nicht ohne Vertragsursache abgeschlossen, so beweisen sie nach dem Landrechtssatz 1320 vollkommen nicht allein die Uebereinkunft, sondern auch alles, was erzählender Weise darin angeführt ist, gewiß also auch den Bestand der Verpflichtung, somit überzeugen sie den Richter, daß er nicht irre geht, wenn er annimmt, daß diese Verpflichtungen wirklich bestanden haben, ehe sie durch den Ablösungsvertrag aufhörten, der nach §. 20 des Frohndablösungsgesetzes von 1831 erst durch die ertheilte Genehmigung der Finanzbehörde perfekt wurde und perfekt bleibt. Wurde aber durch diesen §. 20 dem Fiskus zugestanden, die Berechtigungen zu bestreiten, was ihm damals von Rechtswegen so wenig gebührte, als jetzt, eine Befugniß, die, nach der Natur der Sache, nur der Pflichtige anzusprechen hat, so kann er sie nun um so weniger verlangen, und kein unbefangener Richter wird sie ihm zugestehen.

Hätte der Fiskus unnatürlicher Weise das Recht, jede einzelne Frohndpflicht oder Blutzehntberechtigung aufs neue streitig zu machen, so wäre der Adel viel übler daran, als er es durch die Ablösungsgesetze selbst geworden ist.

Dies vorausgesetzt sind auch die Ablösungsverträge dem Fiskus keineswegs unpräjudicirlich, wie der Recensent unter Berufung auf den Landrechtssatz 1165 behauptet.

Denn der Fiskus hat die vollständige Entschädigung für eine Verpflichtung gewährt, welche zwischen zwei Dritteren bestanden hat; von seiner eigenen Frohnd- oder Blutzehnt-

Digitized by Google

pflicht ist hier nicht die Rede, es kann daher das Anerkenntniß über das Bestehen dieser Verpflichtungen nur von den wirklich Pflichtigen ausgehen, und wie dies vorliegt, ist die Entschädigungspflicht des Fiskus klar und vollkommen gegründet, wenn seine eigene frühere Genehmigung der Verträge auch nichts weiter beweisen sollte, als die Einwilligung, nach dem Gesetz von 1831 seinen Antheil an der Entschädigung beizutragen, so beweist sie doch dem Richter so viel, daß der Fiskus damals keine Anstände gegen das Bestehen der Verpflichtungen kannte, sonst hätte er selbst diesen Antheil nicht bewilligt, und insofern giebt diese Genehmigung dem Richter wenigstens einen adminiculirenden Beweis für das Bestehen der Verpflichtung, wenn derselbe, außer dem Vertrag zwischen den Hauptbetheiligten, noch einer Unterstützung bedürfte.

Gewiß hat auch der Recensent darin Unrecht, daß er dem Großherzoglichen Oberhofgericht die irrige Meinung unterlegt, als habe es sich durch das Staatministerialrescript, von dem daselbst die Rede ist, allein veranlaßt gesehen, anzuordnen, daß der Ausspruch über die höhere Entschädigung im Allgemeinen und nicht für jeden Kläger insbesondere zu geben sei, da sich doch dasselbe ganz sicher nur aus inneren, der Sache selbst entnommenen Gründen der Möglichkeit und Räthlichkeit dazu verstand und in der Absicht, nicht hundert und mehr Prozesse zu veranlassen, wo nach dem Zweck der duech den Staatsministerialbeschluß gegebenen Vorschrift ein einziger genügte *).

*) Zerlegt man unsern Rechtsfall in jene Bestandtheile, welche den historischen und juristischen Klagegrund enthalten, so stellen sich von Seite der Kläger folgende Behauptungen heraus: 1) Die Bundesakte garantirt uns die Unverletzbarkeit aller Rechte, welche ein Ausfluß des Privateigenthums sind, selbst gegen Eingriffe der legislativen Gewalt. Die Schlußakte ermächtigt die Bundesversammlung, uns, im Falle einer Beeinträchtigung, auf geeignete Weise zu schützen und jener in der Bundesacte ausgedrückten Garantie Nachdruck zu geben. 2) Wir waren im rechtmäßigen Besitze der Berechtigung zu Herrenfrohnden, zum Bezug des Blut- und Neubruchzehnten. Der Beklagte hat uns in Folge dieser Anerkenntniß und der Verpflichtung, welche ihm der Bundestag auferlegt, eine vollständige Entschädigung für den Verlust aller unserer Rechte (also auch der obenbezeichneten) mittelst vertragsmäßiger Vereindarung zugesichert. 3) Die fraglichen Rechte wurden uns durch ein Ablösungsgesetz, welches sie gegen Entschädigung aufhebt, indem es zugleich in Beziehung auf die Frohnden und den Blutzehnten die Art und Weise, wie der reine Ertrag derselben ermittelt werden soll und den Multiplikator festsetzt, entzogen. 4) Die Bestimmung hinsichtlich des Multiplikators können wir uns nicht gefallen lassen, weil sie uns für ein der Qualität und Quantität nach (der Quantität nach nämlich in so weit, als sich die Größe des jährlichen Ertrags nach den Bestimmungen des in dieser Beziehung unangefochtenen Ablösungsgesetzes richtet) anerkanntes Recht keinen genügenden Ersatz liefert. Wir verlangen deshalb eine unsern gerechten Ansprüchen auf volle Entschädigung entsprechende Erhöhung des Multiplikators von der Zahl 12 und 15 auf die Zahl 25, welche letztere auch mit den Vorschriften des Landrechts übereinstimmt. Es läßt sich unter diesen Voraussetzungen gewiß nicht läugnen, daß die Klage begründet und ihe Gegenstand hinreichend bezeichnet sei. Unter allen Punkten, welche in dem vorliegenden Falle zur Sprache kommen, ist nur einee streitig. Es wäre wahrhaft monströs, die Streitfragen gegen den Willen der Bundesversammlung und der Partheien, welche ausdrücklich nur diese eine Frage der richterlichen Würdigung und Beurtheilung unterstellen, dadurch zu vermehren, daß man Widersprüche von Amtswegen einlegt, und aus der Sphäre richteramtlicher Thätigkeit, welche lediglich auf den Vertrag der Partheien beschränkt ist, heraustritt.

Sollte sich übrigens die Großherzogliche Regierung wirklich der Einwendung bedienen, daß sie ihre Anerkenntnisse auch nicht gelten lasse, weil die Kläger den §. 2 des Frohndablösungsgesetzes nicht gelten lassen, so würde sie dadurch nur ihre eigene Würde verletzen. Entweder sind jene Anerkenntnisse nach sorgfältiger Umsicht und Prüfung aller Verhältnisse in der Ueberzeugung von der Richtigkeit der Ansprüche erfolgt, oder es ist dies nicht der Fall. Das Letztere wird sich wohl die Regierung nicht gerne nachsagen lassen, oder gar selbst als Grund dafür anführen wollen, daß sie sich ihrer Anerkennung wieder zu entledigen suche: denn es würde den betreffenden Behörden eben nicht sehr zur Ehre gereichen, wenn sie in einer so wichtigen Sache leichtsinnig verfahren wären, und zwar um so weniger, als das Gesetz vom Jahr 1831 ihnen dazu überall keine Ermächtigung gegeben hat.

Auch haben sie sich wirklich diesen Fehler nicht zu Schulden kommen lassen, denn gerade die Finanzbehörden machten damals die größten Schwierigkeiten bei Genehmigung der Frohnd- und Blutzehnten Ablösungsverträge (nicht die Pflichtigen) wie sie es auch jetzt wieder bei den Zehntablösungsverträgen thun.

Ist aber das Anerkenntniß derselben das Resultat der Ueberzeugung, so würde es offenbar ein frivoles Beginnen seyn, wenn der Beklagte dessenungeachtet die Berechtigungen in den Streit ziehen wollte. Mit dergleichen Hülfsmitteln aber, für deren Bezeichnung kaum ein Ausdruck zu finden wäre, soll sich eine Regierung nicht abgeben. Vielmehr wird sie das oberste Prinzip im Staate anerkennen, daß Privatrechte weder auf diese, noch auf jene Weise gekränkt und beeinträchtigt werden sollen, und sie wird den Unterthanen auch in Führung von Prozessen mit einem guten Beispiel vorangehen.

Bei der rechtlichen Prüfung eines solchen Widerrufes wird übrigens noch besonders zu beachten seyn, daß die Beweggründe, aus denen eine Rechtshandlung hervergeht, eben so wenig als veränderte Umstände von Einfluß auf deren Gültigkeit sind.

L.R.S. 1234 a.

Uebrigens war aber auch der Großherzoglichen Regierung gar wohl bekannt, daß die Kläger bei der hohen Bundesversammlung sich beschwert haben, und daß also auch eine Aenderung des Gesetzes von dorther eintreten konnte. Auch haben die Kläger die ihnen aus der Staatskasse geleisteten Beiträge stets nur unter

Dies konnte es auch, denn wenn sich in abstracto bei gleichmäßigem Zinsfuße im ganzen Lande für jede Einheit

Digitized by Google

einer Rente durch eine Multiplikation schon das Kapital finden läßt, so ist damit für jeden Ablösungsfall, welchem nach obiger Auseinandersetzung die Beeträge den Beweis der Einheit liefern, die Entscheidung gegeben und sie bedarf nur einer Liquidation, welche die Rechnung vollendet.

Wenn der Recensent behauptet, über jede einzelne Frohn- oder Blutzehnt-Ablösung müßte, ohne Rücksicht auf die vorhandenen Verträge, die Entscheidung ermittelt werden, wenn er behauptet, die Uebung, das heißt, der Besitz allein könne die Entschädigungsforderung ohne Beweis des Rechts durch Dokumentirung seines ursprünglichen Erwerbs oder der bereits vor dem Landrecht vollendeten unvordenklichen Acquisitivverjährung nicht begründen, und um diese Behauptung zu rechtfertigen, sich lediglich auf den Landrechtssatz 710 g. b. unter Rückbezug auf L.R.S. 691 beruft, so geht er in seinem Eifer hierin offenbar zu weit, denn der L.R.S. 710 g. b. verlangt lediglich eine rechtmäßige Uebung, eine Uebung, die nicht unrechtmäßig ist.

Diese Rechtmäßigkeit wird aber von selbst überall als bestehend angesehen werden können, wo das Gegentheil nicht nachgewiesen ist, so wie nach L.R.S. 2268 die Redlichkeit des Besitzes überall vermuthet wird.

Auch erklären sich alle Gesetze nach Landrechtssatz 4 a. aus ihrem Grund und Zweck, so weit diese aus dem Gesetz selbst erkennbar sind.

Nun hat aber offenbar der Landrechtssatz 710 g. b. keinen weiteren Zweck, als jene dort besprochenen Rechte zu schützen, die bei Einführung des Landrechts in Uebung waren, ohne gerade weder damals schon als unrechtmäßig bestritten, noch als solche bestreitbar gewesen zu seyn, was mit Läugnen der Pflicht allein, wo sie bis dahin in Uebung war, nicht geschehen konnte. Den ältesten Rechten, also doch wohl den besten und rechtmäßigsten, denen seit der grauesten Vorzeit ungehindert der unbestrittenste Vollzug zur Seite stand, die also niemals zu einer schriftlichen jetzt zum Beweis erforderlichen Erörterung Anlaß geben, wäre durch die Auslegung, die der Recensent dem Ausdruck „rechtmäßige Uebung" gibt, unbedingt der Stab gebrochen, und dies ist gewiß weder Zweck noch Grund des Satzes 710 g. b., denn jene Rechte waren zuverlässig in rechtmäßiger Uebung, obgleich ihr Erwerb, dem nach dem neuen badischen Landrecht, von nun an unmöglich gemacht war.

Wäre denn alles unrechtmäßig, frägt man wohl mit Recht den Recensenten, wovon die Entstehung nicht nachgewiesen werden kann, da über dessen Erwerb die geschichtlichen Nachrichten fehlen? Gewiß stünde es, wenn dies der Fall wäre, mit dem meisten Eigenthum, ja mit dem ältesten, sehr schlecht

Der Recensent übersieht auch, daß den Klägern durch die Declaration vom 22. April 1824 vertragsmäßig Schutz in allen jenen Rechten zugesichert war, in deren Bezug sie sich damals (1823) befanden, ohne daß diesem Bezug die Beweislichkeit der Rechtsentstehung, wie sie aus dem Landrechtssatz 710 g. b. abgeleitet werden will, zur Seite stehen muß, wodurch ihnen also die Beweispflicht für ihr Recht abgenommen erscheint, durch eine wahre Restitution gegen die Nachtheile jenes Landrechtssatzes, wenn sie wirklich darin enthalten wären. Abgesehen von dieser Restitution geht aber in Wahrheit ihre Beweispflicht nicht weiter, als auf die Uebung, wie sie das Landrecht im Jahr 1810 fand, den Gegenbeweis hinsichtlich der Rechtmäßigkeit vorbehaltend.

Dies wird schon genügen, um das Großherzogliche Oberhofgericht gegen den Vorwurf zu rechtfertigen, als habe es in seiner Entscheidung fehlgegriffen, und um zu zeigen, daß der von dem Verfasser des Aufsatzes in Nr. 39 der Annalen gegen das oberhofgerichtliche, reformirende Urtheil und die Beerechtigungen des vormaligen Reichsadels geschleuderte Bannstrahl auf irrigen Voraussetzungen beruht.

Kael Frhr. von Goelee.

IV.

Welche Rechtswirkung hat ein Indossament, in welchem der Werthempfang nicht in der durch das Handelsrecht S. 137 vorgeschriebenen Form beurkundet ist?

In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern (neue Folge, 5e Jahrgang, 1838 und 1839, 1s Doppelheft, Seite 89 ff.) ist ausgeführt, daß einem Wechsel, worin der Werthempfang nicht nach Vorschrift des L.R.S. 110 ausgedrückt wurde, die Kraft eines vollgültigen Wechsels nicht zukomme.

In ähnlicher Weise hat sich der oberste Gerichtshof über die wesentlichen Erfordernisse des Indossaments in den Entscheidungsgründen zu einem Urtheile vom 19. Januar 1838 (Jäger gegen Kleb) ausgesprochen, welche hier mitgetheilt werden.

Die drei von dem Beklagten anerkannt unterzeichneten, auf Erzberger und Schmidt in Augsburg gezogenen Wechsel über beziehungsweise 800 fl., 500 fl. und 700 fl. vom 15. März 1836, auf welche der Kläger seine Wechselgewährleistungsklage stützt, lauten auf eigene Ordee des Ausstellers, und enthalten zue Bezeichnung der Valuta den Beisatz: „Weeth in mir selbst".

Diese Wechsel, in der Handelssprache contirte genannt, sprechen durch die Worte „auf eigene Oedre" oder durch die ihnen gleich geltenden Worte „an die Verfügung meiner selbst" den Vorbehalt des Ausstellers aus, Denjenigen erst noch zu benennen, an welchen sie bezahlt werden sollen. So lange dieser Voebehalt unvollzogen bleibt, ist das Wechselgeschäft noch nicht perfekt, sondern wird es erst dann, wenn der Trassant den Wechsel durch Indossament (Zuschreibung nach dem Ausdeuck unseres Handelsrechts) einem Andren überträgt.

---

dem Vorbehalte weiterer Ansprüche angenommen, und es kann daher nicht einmal von veränderten Umständen, die nicht hätten vorausgesehen werden können, die Rede seyn.

Digitized by Google

Tritschle Handbuch des Wechselrechts §. 16. 24. 191.
Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 229.

Ob durch die Uebertragung des Wechsels an einen Andern — dieser das Eigenthum des Wechsels oder nur die Befugniß erlange, denselben im Namen des Indossanten einzukassiren, hängt von dem Inhalte des Indossaments ab.

Auf den in Frage stehenden drei Wechseln ist das von dem Trassanten und Beklagten unterzeichnete Indossament gleichlautend folgenden Inhalts:

„Für mich an die Ordre Herrn Ferdinand Fingado, den Werth erhalten.

„Lahr, am 15. März 1836. G. Kleb."

Wenn auch nach den mehrsten deutschen Wechselordnungen und nach den daraus abgeleiteten Grundsätzen des gemeinen deutschen Wechselrechts die Worte: „den Werth erhalten" als klare und genügende Quittung über die geschehene Zahlung der Valuta gelten, und in Verbindung mit den Worten: „auf Ordre" die Uebertragung des Eigenthums des Wechsels an den Indossaten bezeichnen und bewirken: so ist dies doch keineswegs der Fall nach dem französischen und nach dem mit diesem hierin wörtlich übereinstimmenden badischen Wechselrechte, nach welch letzterem die fraglichen, im Großherzogthum Baden trassirten und indossirten Wechsel beurtheilt werden müssen.

Um allen Mißbräuchen der Wechselform zu begegnen, und nur zur Vermittelung reeller Geschäfte sie zu begünstigen, verlangt das badische, wie das französische Handelsgesetzbuch in den Art. 110, 136—138, daß schon aus den Wechseln ersichtlich sei, daß wirklich die Valuta vom Remittenten beziehungsweise Indossaten gegeben worden, und worin sie bestanden habe.

Pardessus, traité du contrat de change, vol. II. pag. 388.

Brauers Erläuterungen, Bd. 4. S 455. 456. 486.

Nach den Art. 136 und 137 der erwähnten Handelsgesetzbücher kommt dem Indossament die Wirkung des Eigenthumsübergangs an dem Wechsel von dem Indossanten auf den Indossaten nur dann zu, wenn das Indossament nach der Vorschrift des Art. 137 abgefaßt ist, d. h. wenn dasselbe außer Ort, Jahr und Tag, der Benennung des Indossaten, und der Unterschrift des Indossanten, noch weiter die Anzeige enthält, „wie der Werth berichtigt worden ist," Fehlt es — wie im vorliegenden Falle — hieran, so gilt nach Art. 138 das Indossament blos als Einzugsauftrag.

Hiernach wurde der Indossat Ferdinand Fingado durch die angeführten Indossaments nicht Eigenthümer der fraglichen Wechsel, sondern nur Procuraträger des Beklagten zur Erhebung der Wechselsummen im Namen des Letztern; er konnte daher das ihm selbst nicht zustehende Eigenthumsrecht an den Wechseln an Niemanden übertragen, und vermöge des ihm durch das Indossament gewordenen Auftrags die Wechselsummen nur vom Trassaten für den Beklagten erheben oder vermöge des in dem Auftrag enthaltenen Ausdrucks „an die Ordre" (welcher Ausdruck eine Ausdehnung des Mandats zur Bestellung eines Aftergewalthabers enthält,) einen Aftergewalthaber zum Einzug der Wechselsummen vom Trassaten für den Beklagten, als fortwährenden Eigenthümer des Wechsels und Vollmachtgeber, bestellen.

Hat nun aber Ferdinand Fingado dennoch das Eigenthum der Wechsel an einen Andern übertragen, so liegt hierin eine Ueberschreitung der Schranken seiner Vollmacht, wofür nach L.R.S. 1998 der Gewaltgeber nicht haftet.

Gegen den beklagten Trassanten findet demnach die angestellte Rückgriffsklage nicht Statt."

v. Stockhorn.

Anzeige.

Wir freuen uns, durch ein Anerbieten von Mitarbeitern — insbesondere des Herrn Oberhofgerichtsraths Trefurt und des Herrn Hofgerichtsraths Sommer, — in den Stand gesetzt zu seyn, künftig in gesonderter Reihenfolge alle Entscheidungen des Pariser Cassationshofs, welche aus dem Code civil geschöpft sind, (wie auch die interessantesten der französischen Appellationshöfe) wie solche im recueil general von Sirey vom 1. Januar 1839 an enthalten sind, den Lesern der Annalen mittheilen zu können.

Wir wählen gerade diesen Zeitabschnitt, weil bis zu demselben dieser wichtigste Theil der französischen Rechtslitteratur in der neuesten Auflage von Zacharias Handbuch bearbeitet wurde, es also, da eine fernere Auflage dieses Handbuchs sobald nicht zu erwarten seyn dürfte, für den badischen Juristen von besonderem Interesse seyn muß, von da an fortwährend in unmittelbare Berührung mit der Hauptquelle der Fortbildung des französischen Civilrechts zu treten.

Die Redaktion.

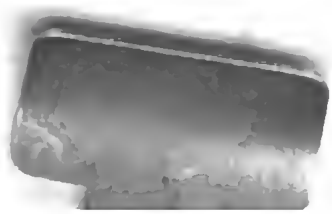
Die hier angekündigten Urtheile französischer Gerichtshöfe werden wir in einem alle 14 Tage erscheinenden Beiblatte liefern. Dasselbe wird regelmäßig in einem halben Druckbogen bestehen und mit dem achten Jahrgange der Annalen, 1840, beginnen.

Es ist natürlich, daß wir hierdurch genöthigt sind, den Preis der Annalen, welche bisher durch die Post bezogen halbjährig fl. 2. 15 kr. kosteten, um ein Geringes zu erhöhen und es werden dieselben somit vom kommenden Jahr an bei allen Postämtern und in allen Buchhandlungen des Großherzogsthums fl. 2. 30 kr. per Semester kosten, wobei jedoch keine weitere Aufrechnung von Postgebühr Statt findet. Für diejenigen, welche das Beiblatt ohne die Annalen beziehen wollen, setzen wir den Preis desselben, inclusive Postgebühr auf fl. 1. 48 kr. per Jahr fest.

☞ Damit bei den seitherigen verehrlichen Abonnenten auf diese Zeitschrift keine Unterbrechung in dem wöchentlichen Empfange eintritt, machen wir dieselben darauf aufmerksam; daß das 1ste Semester des k. J. bei allen Postämtern neu bestellt werden muß, und bitten diese Bestellung recht bald zu machen. Die Verlagshandlung.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bell in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google



Digitized by Google